Der Voraus des überlebenden Ehegatten

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Erwin Fuchs
Referendar in Berlin

Marburg 1926

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1926

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. André

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554609_0032

Inhalt.

Seite

§ 1. Die Bedeutung des Voraus in heutiger Zeit 9

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung des Voraus:
a) Die Entwicklung des Voraus aus der Gerade und dem Heergewäte 11
b) Der Voraus in den Partikularrechten 14
c) Die Aufnahme des Voraus in das BGB. 16
d) Übergangsbestimmungen zum BGB. 17

§ 3. Voraussetzungen für den Anfall des Voraus 18

§ 4. Der Umfang des Voraus 30

§ 5. Zusammenstellung einzelner zum Voraus gehöriger Gegenstände . . 36

§ 6. Der Voraus als gesetzliches Vermächtnis und die Folgen der Gleichstellung mit dem wahren Vermächtnis 41

§ 7. Die Rechtsstellung des Vorausnehmers gegenüber den übrigen Nachlaßgläubigern 45

§ 8. Würdigung des Voraus und seiner Regelung im BGB. 48

Schrifttum.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 11. Aufl. Berlin-Leipzig 1923.

Bagel, Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Deszendenz. Gruchot Bd. 52 S. 193 ff.

Bähr, O., Zum Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 3.

Bähr, O., Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Kassel 1892.

Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1900.

Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 4 1908, Bd. 5 1905.

Drewes, F., Das Pflichtteilsrecht der Eltern gegenüber dem Voraus des Ehegatten. §§ 1932, 2311 BGB. KGBl. 1925 S. 4.

Eckstein, Gehören gemietete Sachen zum gesetzlichen Voraus? KGBl. 1921 S. 23.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3 Abt. 2 Berlin 1908, Bd. 3 Abt. 1 u. 2 Berlin 1919/20.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2 Abt. 2 16.—17. Aufl. Marburg 1925, Bd. 2 Abt. 3 14.—16. Aufl. Marburg 1923.

Entwurf I eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze. 12. Aufl. München 1923.

Frommhold, Georg, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Gierke, Otto, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Leipzig 1889.

Gruchot, Dr. J. A., Preußisches Erbrecht. Bd. 2. Berlin 1886.

Hessische Rechtsprechung: Gehören zum Voraus des überlebenden Ehegatten Rechte? Hess. Rspr. Bd. 10 S. 167.

Heusler, Andr., Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1886.

Heydemann, Die Elemente der Joachimischen Constitution vom Jahre 1527. Berlin 1841.

Hirschhorn, M., Der Voraus und der Dreißigste nach dem BGB. Mannheim 1908.

Homeyer, Des Sachsenspiegels Erster Teil. (Nach der Berliner Handschrift vom Jahre 1369.) Berlin 1861.

Hothorn, Walt., Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1911.
Jacubetzky, Karl, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. München 1892.
Kiefer, Der Voraus für den überlebenden Ehegatten nach § 1932. Bad. Rechtsprax. 1900 S. 235.
Kuetgens, Wilh., Das Vorausvermächtnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Borna-Leipzig 1913.
Kunert, Willy, Der Voraus des Ehegatten. Rostock 1912.
Leske, Fr., Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preuß. Allgem. Landrechts. Berlin 1903.
Leonhard, Fr., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. Berlin 1912.
Leonhard, Fr., Bürgerliches Recht. Berlin 1923.
Matthiaß, Bernh., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6.—7. Aufl. Berlin 1914.
v. Martitz, Das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen. Leipzig 1867.
Meyer, Paul, Das Erbrecht des BGB. Marburg 1921.
Meyer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1902.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Regensburg 1847.
Mommsen, Fr., Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3 u. 5. Berlin und Leipzig 1888.
Neumann, H., Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1912.
Nöthling, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft. Rostock 1904.
Opet-v. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1906.
Petersen, J., Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen überhaupt nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1889.
Pfizer, Über den Voraus des überlebenden Ehegatten. Stuttgart 1802.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4 1924 (1. Liefg.) u. 1908, Bd. 5 1925 (1. Liefg.) u. 1908.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1889.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 5. Aufl. Bd. 3. Berlin und Leipzig 1923.
Saniter, Otto, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Berlin 1908.
Schiffner, L., Die sog. gesetzlichen Vermächtnisse. Eine erbrechtliche Studie auf Grund des römischen und österreichischen Privatrechts. Leipzig 1895.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse. Jena 1897.

Schröder, Rich., Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland. Stettin, Danzig, Elbing 1871.
Schröder, Rich., Das Familiengüterrecht in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889.
Schröder-Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1919.
Schultze, Emil, Der Voraus des Ehegatten, eine erbrechtliche Studie nach dem BGB. Rostock 1907.
Seckel, Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Berlin 1900.
Sontag, Können Rechte zum Voraus des überlebenden Ehegatten gehören? DJZ. 1909 S. 1141.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 München 1925, Bd. 4 u. 5 München 1914.
Stein-Kübel, Handbuch des württembergischen Erbrechts. 5. Aufl. bearb. von Hohl. Stuttgart 1881.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Bd. 4. Berlin 1900.
Strohal, Emil, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.
v. Tuhr, A., Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910.
Wilke, Gesetzliche Erbfolge und Pflichtteil. (Gutachten aus dem Anwaltsstande zum I. Entwurf Heft 11.) Berlin 1889.
Wilke-Reatz, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar. Bd. 5. 1900.
Winkler, Die Behandlung der zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten bestimmten Sachen bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, insbesondere der Voraus. Recht 1924 S. 114.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 5. Berlin 1900.

Entscheidungen der Obersten Gerichte usw. sind nur an den betreffenden Stellen der Arbeit belegt.

§ 1.

Die Bedeutung des Voraus in heutiger Zeit.

In der Regelung des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten ist das BGB. entsprechend dem deutschen Rechtsempfinden vom Wesen der Ehe den neueren deutschen Landesrechten gefolgt und hat dem überlebenden Ehegatten die ihm in erbrechtlicher Hinsicht gebührende Stellung eingeräumt. Der Ehegatte ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft berufen (§ 1931 BGB.). Außerdem gebühren ihm aber im letzteren Falle die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke als Voraus (§ 1932 Satz 1 BGB.). Neben weiter entfernten Verwandten erhält der Ehegatte als gesetzlicher Erbe die ganze Erbschaft (§ 1931 Abs. 2 BGB.).

Das Gesetz gewährt also dem überlebenden Ehegatten unter gewissen Voraussetzungen eine Gesamtheit von Sachen, die ihm noch außer seinem Erbteil zusteht. Diese Bestimmung, der man im ersten Augenblick kaum Beachtung schenken möchte, und die wohl nur mit Rücksicht auf ärmere Bevölkerungsschichten ins BGB. aufgenommen wurde, ist durch die wirtschaftliche Umwälzung in der Nachkriegszeit von der größten Bedeutung für das eheliche Erbrecht geworden. Durch die nach Beendigung des Weltkrieges einsetzende, immer schneller fortschreitende Entwertung der Mark gingen die meisten Vermögen fast vollständig verloren, und selbst früher wohlhabend zu nennende Leute wurden an den Bettelstab gebracht. Auch denen, die ihr Geld durch Börsenspekulationen zu retten versuchten und eine Zeitlang sogar in dem Wahn lebten, große Gewinne gemacht zu haben, ist entweder gar nichts oder nur ein verschwindender Rest ihres Vermögens geblieben; denn der jetzige Wert der Börsenpapiere steht in keinem Verhältnis zum früheren. Die einzigen Werte, die trotz der Inflation erhalten geblieben sind, sind die sog. „Sachwerte“, wenn auch der Barerlös, den man heute beim Verkauf der Sachen erzielen könnte, infolge des

Mangels an barem Gelde nur selten dem vor dem Kriege entsprechen würde. Da das Geld, ganz gleich, wie es angelegt war, infolge der Inflation ganz oder größtenteils verloren gegangen ist, so kann man wohl mit Recht behaupten, daß bei der überwiegenden Mehrzahl unseres Volkes die Sachwerte den Hauptteil des Vermögens ausmachen. Die wenigen, die den zweifelhaften Wert der Börsenspekulation rechtzeitig erkannt hatten, versuchten wenigstens, den ihnen noch verbliebenen Rest ihres Geldes durch Ankauf von Sachwerten vor der Entwertung zu retten. Da zum Voraus neben den Hochzeitsgeschenken die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände rechnen und deren Begriff, wie später dargelegt werden wird[1]), nicht eng auszulegen ist, wird auf diese Weise vielfach bei einem Erbfall noch eine Vergrößerung des Voraus eintreten.

Am besten läßt sich die Bedeutung, die der Voraus für das eheliche Erbrecht bereits gehabt und noch bekommen hat, durch einige kleine Beispiele darlegen. Voraussetzung für alle diese Fälle ist, daß die Bedingungen, die das Gesetz für den Anfall des Voraus aufstellt[2]), erfüllt sind. Die Bedeutung, die der Voraus ganz allgemein haben kann, zeigt uns folgendes Beispiel: Eine Ehefrau, die von ihren Eltern eine kostbare Wohnungseinrichtung als Mitgift in die Ehe bekommen hatte, starb kurze Zeit nach der Heirat. Erben waren die Eltern der Ehefrau und der überlebende Ehemann. Dieser erhielt auf Grund seines Anspruchs auf den Voraus fast den gesamten Nachlaß. Nur einige Kunstgegenstände rechneten als besonders wertvoll nicht zum Voraus, sondern gehörten zum übrigen Nachlaß, an dem der Ehemann als gesetzlicher Erbe ebenfalls zur Hälfte berechtigt war.

Das folgende Beispiel soll uns die Bedeutung zeigen, die § 1932 BGB. infolge der Geldentwertung erlangt hat. Ein Ehepaar hatte vor dem Kriege geheiratet und damals zusammen ungefähr 25 000 M bares Geld gehabt, von denen der Ehefrau $^3/_5$ gehörten; außerdem hatte die Ehefrau eine vollständige Wohnungseinrichtung in die Ehe eingebracht. Das Geld, das in Kriegsanleihe, Aktien, Hypotheken usw. angelegt war, ist durch die Inflation entwertet worden. Das Vermögen besteht also nur noch aus der Wohnungseinrichtung und den Kleidungsstücken. Stirbt die Ehefrau und ist der Mann mit Verwandten der zweiten Ordnung zur Erbfolge berufen, so gebührt ihm vor der Teilung der Voraus, der den größten Teil des Nachlasses ausmachen würde. Am übrigen Nachlaß ist er als Erbe ebenfalls noch zur Hälfte berechtigt; doch wird das, was er als Erbe erhält, verschwindend wenig gegenüber

---

[1]) vgl. § 4 dieser Arbeit.
[2]) vgl. § 3 dieser Arbeit.

dem sein, was ihm auf Grund seines vermächtnisrechtlichen Anspruchs (vgl. § 1932 Satz 2 BGB.) als Vorausnehmer zusteht.

Der Voraus bewahrt den überlebenden Ehegatten, der allein ohne Abkömmlinge infolge der durch die Geldentwertung in weitem Umfang eingetretenen Verarmung vollständig mittellos dastehen würde, vor der äußersten Not und verhütet, daß ihm auch das Letzte, was er vor der Inflation gerettet hat, noch genommen wird.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung des Voraus.

a) Die Entwicklung des Voraus aus der Gerade und dem Heergewäte.

Der Voraus des überlebenden Ehegatten ist nicht ein Institut der neueren Gesetzgebung, sondern ist aus älteren Rechten, allerdings mit einigen Änderungen, in das BGB. übernommen worden.

Im römischen Recht finden wir keine Bestimmung, die an unseren Voraus erinnert. Selbst wenn man das Recht der armen Witwe auf den vierten Teil des Nachlasses als gesetzliches Vermächtnis ansieht[3]), darf man es doch nicht mit dem Voraus in Zusammenhang bringen; denn die bedürftige Witwe erhielt im römischen Recht nicht bestimmte Gegenstände der Erbschaft, sondern einen Teil des Nachlasses.

Die Ursprünge des Voraus oder wenigstens ähnliche Bestimmungen sind vielmehr im alten deutschen Recht zu suchen, und zwar finden wir in der Gerade und im Heergewäte Institute, die stark an das Recht des Voraus anklingen[4]).

Die Gerade war ein Institut des alten sächsischen Rechts[5]). Der Nachlaß zerfiel hier in verschiedene Teile, die sich getrennt weitervererbten. Jede dieser Spezialerbfolgen, von denen eine die Gerade war, hatte den Charakter einer Universalsukzession. Die Gerade kam mit dem Tode eines der beiden Ehegatten zur Entstehung, und zwar als eine Sachgesamtheit, nicht als eine Masse einzelner Gegenstände. Ursprünglich umfaßte sie diejenigen Gerätschaften, welche der Frau zu ihrer persönlichen Ausrüstung oder für den Haushalt als Aussteuer mit in die Ehe gegeben waren. Starb der Ehemann, so wurden diese Sachen aus dem übrigen Erbe ausgesondert und fielen an die Ehefrau zurück

---

[3]) So Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse § 27, allerdings sehr bestritten.

[4]) vgl. Stobbe S. 328; Schröder Bd. 2, 2 S. 179; Mittermaier S. 541; Pfizer S. 7.

[5]) Ssp. I, 24 § 3.

(Witwengerade)[6]), starb die Ehefrau, so vererbten sie sich auf ihre Familie, in mehreren Volksrechten[7]) auf die nächste Niftel, d. h. die nächste weibliche Verwandte der Ehefrau (sog. Niftelgerade). Später kam es jedoch nicht mehr darauf an, was die Ehefrau wirklich in die Ehe eingebracht hatte, sondern es gehörte zur Gerade, was nach Landessitte in die Ehe eingebracht zu werden pflegte und was zur Zeit der Auflösung der Ehe von diesen Sachen vorhanden war. Auch die Ehefrau, die nichts eingebracht hatte, empfing beim Tode ihres Mannes und hinterließ bei ihrem Ableben eine Gerade, da auch die vom Ehemann eingebrachten und angeschafften Sachen, die unter den Begriff der Gerade fielen, hierher gehörten.

Der Grundgedanke des Geraderechts, daß die Sachen, die die Ehefrau bei ihrer Verheiratung mit in die Ehe gebracht hatte, wieder an sie oder ihre Niftel zurückfallen sollten, war damit verloren gegangen. Die Niftel war wegen der allgemeinen Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts bei der Erbfolge ins unbewegliche Vermögen einer Begünstigung besonders bedürftig erschienen[8]). Außerdem hatte es sich hier um Gegenstände gehandelt, die ausschließlich der Obhut und Pflege der Frauen anvertraut waren, die von den Männern dagegen weniger benötigt wurden. Wir finden aber im sächsischen Recht den Gedanken, daß die verschiedenen Erbmassen, die nach ihren wirtschaftlichen Zwecken geeint waren, sich an diejenigen Personen vererbten, in deren Händen sie für diesen Zweck erhalten blieben[9]). Während ursprünglich also Aussteuer und Gerade übereinstimmten, war zur Zeit des Sachsenspiegels hierin schon eine Änderung eingetreten. Die Ungerechtigkeit des Geraderechts war jedoch auf dem Lande nicht so fühlbar wie in den Städten, wo die Aussteuer der Frau mit den in den Geradekatalogen aufgeführten Sachen[10]) nur noch selten übereinstimmte, weil hier häufig Kapitalien und Wertobjekte den größten Teil der Aussteuer ausmachten. Damit war dem Geraderecht seine Berechtigung entzogen, und so machte sich besonders in den Städten ein fühlbarer Druck hiergegen bemerkbar[11]).

---

[6]) Streitig ist, ob die Witwengerade ein Institut des Familien- oder Erbrechts ist. Doch ist diese Frage hier belanglos, da die Vertreter beider Ansichten darin übereinstimmen, daß Gerade und Voraus in einem gewissen Zusammenhang stehen.

[7]) vgl. Schröder Bd. 2, 2 S. 4.

[8]) vgl. Schröder Bd. 2, 2 S. 4.

[9]) Hieraus erklärt sich auch die Erbfolge ins Heergewäte (vgl. unten).

[10]) Zur Vermeidung von Streitigkeiten wurden die zur Gerade gehörenden Gegenstände in den sog. Geradekatalogen einzeln aufgeführt. Vgl. z. B. Ssp. I, 24 § 3.

[11]) vgl. Martitz § 30.

Vor allem schien die Niftelgerade einer dringenden Reform bedürftig. Es war für den Ehemann eine ungeheure Härte, wenn er beim Tode seiner Frau den gesamten Hausrat an die nächste weibliche Verwandte seiner Frau, die vielleicht ganz weitläufig mit dieser verwandt gewesen war, herausgeben mußte.

Aber auch die Witwengerade schien dringend reformbedürftig, seitdem es immer mehr üblich geworden war, dem Vermögen der Frau den Charakter als Vorbehaltsgut zu geben. Früher war alle Fahrnis außer der Gerade dem Manne oder bei dessen Tode seinen Erben zugefallen. Infolge der Schaffung des Vorbehaltsguts behielt die Ehefrau beim Tode des Mannes jetzt ihr Vermögen und nahm außerdem die Gerade. Dieses Ergebnis war bei kinderloser Ehe sicherlich ganz gerechtfertigt[12]). Um so härter wirkte es aber, bei bekindeter Ehe der Ehefrau das Recht zu geben, die wichtigsten Haushaltungsgegenstände für sich zu nehmen und dem Vermögen der Kinder zu entziehen. Aus diesen Gründen wurde das gesamte Geraderecht, hauptsächlich jedoch die Niftelgerade, in den Städten seit dem 14. Jahrhundert vielfach abgeändert. Man verwarf die Teilung des Vermögens in Erbe und Gerade und ging größtenteils zur Quotenteilung über. Die Gerade wurde jedoch nicht ganz abgeschafft, sondern gewöhnlich auf einen Voraus beschränkt, d. h. sie wurde vor der Teilung aus der Erbmasse herausgenommen und dem überlebenden Ehegatten gegeben.

So war z. B. für die Beschränkung des Geraderechts im Erzbistum Magdeburg und in Kursachsen von großer Bedeutung eine Willkür, die in Magdeburg gegen Ende des 14. Jahrhunderts beschlossen worden war[13]). Hauptsächlich war sie auf Beschränkung der Niftelgerade gerichtet, doch wurde durch sie auch der Umfang der Witwengerade verringert. Nach dieser Willkür erhielt die Ehefrau bei kinderloser Ehe auch weiterhin die ganze Gerade; bei bekindeter Ehe bekam sie nur die Hälfte des Hausrats — nicht der Gerade —, ferner einzelne Sachen wie Kleider, das beste Bett, zwei Kissen, zwei Laken und eine Decke als Voraus. Der überlebende Ehemann brauchte die Niftelgerade nur noch seinen Töchtern herauszugeben. Weiter entfernte Nifteln erhielten nur einige Sachen, so u. a. die besten Kleider der Frau.

Diese Magdeburger Willkür wurde bald von den meisten sächsischen Städten wie Halle, Leipzig, Pirna, Chemnitz u. a. m. übernommen. Bisweilen wurde sie etwas umgearbeitet, so z. B. in Leipzig. Die umgearbeitete Leipziger Willkür war die Grundlage des Naum-

---

[12]) vgl. Martitz S. 320, der seltsamerweise auch hierin eine Härte erblickt.

[13]) vgl. Martitz S. 323, insbes. Anm. 13; Schröder Bd. 2, 2 S. 13.

burger Statuts von 1561, das wiederum von anderen Städten übernommen wurde.

In Stettin hatte die Unzweckmäßigkeit des Geraderechts zuerst zur Dritteilung des Vermögens geführt, die dann später zugunsten der Halbteilung abgeschafft wurde. Man behielt jedoch auch hier das Geraderecht, wenn auch in gemäßigter Form bei, und zwar wurde zwischen „lebendiger" und „toter" Gerade unterschieden, je nachdem sie der überlebende Ehegatte oder die Erben des Verstorbenen erhielt[14]).

Die lebendige Gerade war auch weiterhin im Gegensatz zur toten sehr umfangreich bemessen, und zwar wurde sie auch hier als Voraus gegeben.

Wir sehen, wie die Unzweckmäßigkeit des Geraderechts zu seiner Abänderung geführt und wie man dabei das Bestreben hatte, dem überlebenden Ehegatten die notwendigsten Hausgegenstände zu überlassen, was zum Teil dadurch geschah, daß man sie ihm in der Art eines Voraus zukommen ließ.

Einen anderen Vorläufer des Voraus finden wir im Heergewäte, ebenfalls einen Fall der Spezialsukzession. Es war das Recht des nächsten männlichen Verwandten eines Verstorbenen, dessen Waffen aus der Erbschaft zu nehmen. Sein eigentlicher Sinn wurde jedoch schon zur Zeit des Sachsenspiegels verkannt. Man wandte den Begriff auch auf Sachen an, die nicht im geringsten zu seinem Wesen mehr paßten[15]), so auf das Handwerkszeug des Mannes und schließlich auf alles, was der Mann in Gebrauch gehabt hatte. Während jedoch die Gerade bei Einführung der Quotenteilung meistens erheblich beschränkt wurde, erfuhr das Heergewäte zum Teil eine bedeutende Erweiterung[16]). Das Heergewäte hat sich in seiner veränderten Form bis zur Einführung des BGB. im Württembergischen Landrecht erhalten, wo es der überlebende Ehegatte als „Voraus" erhielt[17]).

b) Der Voraus in den Partikularrechten.

Es würde zu weit führen, eine genaue Darstellung der Entwicklung des Voraus in den einzelnen Partikularrechten zu geben. Daher soll nur eine kurze Ausführung gegeben werden, inwieweit einige der wichtigsten deutschen Landesrechte zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. einen solchen gewährten.

---

[14]) Schröder Bd. 2, 2 S. 67.

[15]) vgl. Ssp. I, 22 § 4: „all settet die lüde dar mangerhande ding to, dat dar nicht to ne hort".

[16]) So u. a. in Stendal.

[17]) vgl. unten S. 16.

Das bayerische Recht unterschied in bezug auf das eheliche Erbrecht zwischen einer bekindeten und einer kinderlosen Ehe und berücksichtigte auch bei der Erbfolge das Geschlecht des überlebenden Ehegatten. Waren Kinder vorhanden, so traten ungefähr dieselben Vermögensverhältnisse ein wie zur Zeit der Eheschließung, d. h. beide Vermögen fielen auseinander. Es erhielt jedoch die Ehefrau besonders „all ihr End und Gebänd, Kleider und was zu ihrem Leibe gehörte, nebst den Kleinodien, die ihr nicht zur bloßen Zierde von dem Mann überlassen waren". War die Ehe dagegen kinderlos, so erhielt der überlebende Ehegatte die Errungenschaft, die Hälfte jedoch nur zur Nutznießung. Alles übrige hatte er, ausgenommen das Ehebett, an die Erben des Verstorbenen herauszugeben (vgl. Bayer. LandR. I §§ 36 bis 38).

In Preußen war das gesetzliche Erbfolgerecht nicht einheitlich gestaltet. Die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts galten nur subsidiär, d. h. wenn keine oder nicht hinreichende Bestimmungen in den Provinzialgesetzbüchern oder Statuten enthalten waren (ALR. II, 1 § 500). Diese gewährten dem überlebenden Ehegatten jedoch meistens einen Voraus, und zwar hauptsächlich das Ehebett.

Die erbrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts waren ebenfalls verschieden, je nach dem Güterrecht, in dem die Ehegatten gelebt hatten. Für jeden Fall war der Voraus besonders geregelt. Bei gesetzlichem Güterrecht erhielt der überlebende Ehegatte, falls er mit Verwandten in der aufsteigenden oder in der Seitenlinie erbte, alles Bett- und Tischzeug, das die Ehegatten in gewöhnlichem Gebrauch gehabt hatten. Ferner bekam er die Möbel und den Hausrat, soweit diese Sachen nicht als Zubehör eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit anzusehen waren (ALR. II, 1 §§ 629, 630). Es handelte sich hier nicht mehr um eine Sondererbfolge, sondern der überlebende Teil nahm diese Sachen als Vermächtnisnehmer (ALR. II, 1 § 630).

Bei allgemeiner Gütergemeinschaft hatte der überlebende Ehegatte kein Erbrecht, wenn der Verstorbene keine Kinder aus der aufgelösten Ehe, wohl aber solche aus einer früheren Ehe, sofern sie wegen ihres Erbrechts am künftigen Nachlaß noch nicht abgefunden waren, hinterlassen hatte. Er erhielt jedoch die zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten Kleidungsstücke, Betten und die Leibwäsche als Voraus. Waren keine unabgefundenen Kinder vorhanden, so bekam er außerdem noch den Voraus und die Nachlaßquote, die er nach gesetzlichem Güterrecht erhielt (ALR. II, 1 §§ 638, 639).

Eine eingehende Regelung hat der Voraus im Württembergischen Landrecht gefunden. Man unterschied hier zwischen einem Voraus im weiteren und im engeren Sinne. Der erstere umfaßte das, was ein Ehe-

gatte vor der Teilung des Gesamtvermögens vor dem anderen voraus-erhielt, nämlich das Sondergut. Zum Voraus im engeren Sinne gehörten gewisse Fahrnissachen, die bei Trennung der Errungenschaftsgemeinschaft, dem gesetzlichen Güterrecht des Württembergischen Landrechts, durch den Tod eines Ehegatten dem überlebenden Teil zufielen. Und zwar wurden diese Sachen im Gegensatz zum Preußischen Allgemeinen Landrecht bereits mit dem Erbfall erworben.

Voraussetzung für den Anfall war eine gültige, durch den Tod eines Ehegatten aufgelöste Ehe. Ferner mußten die Ehegatten in Errungenschaftsgemeinschaft gelebt haben; auch mußten die Sachen zum Gebrauch des überlebenden Teils bestimmt gewesen sein. Einige Sachen erhielten entweder nur der Ehemann oder nur die Ehefrau, andere erbte der überlebende Ehegatte ohne Rücksicht auf sein Geschlecht. Vorausstücke, die jeder überlebende Teil bekam, waren Kleider, ferner alles, was zur Kleidung gehörte, und Schmuck, soweit er zur Zeit der Auflösung der Ehe vorhanden war (Württ. LR. §§ 4, 5 IV, 1). Die Sachen, die nur der Ehemann oder die Ehefrau erhielt, waren genau aufgezählt. Beim Ehemann handelte es sich um Sachen, die er in seinem Berufe verwandte. So erhielt z. B. ein Handwerker einen anderen Voraus als ein Gelehrter[18]).

c) Die Aufnahme des Voraus in das BGB.

In seinem „Entwurf eines deutschen Erbrechts", der gelegentlich eines Preisausschreibens der Juristischen Gesellschaft in Berlin verfaßt worden war und den ersten Preis erhalten hatte, hatte sich Mommsen gegen die Aufnahme eines Voraus ausgesprochen. Er begründete seinen ablehnenden Standpunkt damit, daß derartige Bestimmungen nur geeignet seien, Streitigkeiten hervorzurufen, da der Voraus nur dann genau umgrenzt werden könne, wenn man die Sachen, die dazu gehören sollten, einzeln aufzählen würde. Außerdem könnte der überlebende Ehegatte sicherlich gewisse ihm lieb gewordene Gegenstände für geringes Geld von den Erben erhalten[19]). Ob und inwieweit Mommsen hierin recht zu geben ist, soll später in einer zusammenhängenden Würdigung des ganzen Instituts geprüft werden.

Trotz der ablehnenden Haltung Mommsens hatte sich bereits der I. Entwurf zum BGB.[20]) für die Aufnahme eines Voraus ent-

---

[18]) vgl. Hohl S. 254. Der Voraus wurde gegeben „nach Gelegenheit der Person Bücher, Reisige, Leibpferdte, Gewöhr und Harnisch und was dergleichen Stücke seiend zu des Mannes Stand, Wesen und Hantierung fürnehmlich gehört".

[19]) Mommsen S. 169.

[20]) vgl. I. Entwurf § 1971.

schieden. Es gehörte nach dem I. Entwurf dazu „das Haushaltsinventar, das die Ehegatten in gewöhnlichem Gebrauch gehabt hatten, mit Ausnahme der Gegenstände, die Zubehör eines Grundstücks waren, und außerdem die Hochzeitsgeschenke". Der Voraus stand dem überlebenden Ehegatten zu, wenn er neben einem Großelternteile oder neben Verwandten der zweiten Ordnung zur gesetzlichen Erbfolge berufen war.

Bereits der II. Entwurf hatte die Fassung des jetzigen § 1932 BGB. (vgl. § 1808 E. II). Die Hauptänderung gegenüber dem I. Entwurf liegt in der inhaltlichen Begrenzung des Voraus. Nach dem I. Entwurf sollte dazu gehören „das Haushaltsinventar, welches die Ehegatten in gewöhnlichem Gebrauch gehabt hatten". Jetzt rechnen zum Voraus „die zum ehelichen Haushalte gehörenden Gegenstände". Der Umfang des Voraus ist also hiernach weiter, weil der Voraus jetzt auch die häusliche Einrichtung umfaßt, soweit sie von den Ehegatten nicht regelmäßig benutzt wird. Der Antrag, hinzuzusetzen, daß eine Minderung des Voraus bei Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen im Zweifel nicht gewollt sei[21]), wurde zwar als sachlich richtig anerkannt, jedoch abgelehnt. Nach Ansicht der Kommission lag zu einer derartigen Spezialvorschrift kein Anlaß vor, weil ein Erblasser bei erheblicher Bedeutung des Voraus Vermächtnisse und Auflagen kaum so anordnen werde, daß eine Minderung des Voraus in Frage komme[22]).

d) Übergangsbestimmungen zum BGB.

Die Bestimmungen des BGB. gelten für alle Erbfälle nach dem Inkrafttreten des BGB. (vgl. Art. 55, 213 EG. z. BGB.). Für den Güterstand einer Ehe bleiben jedoch nach ausdrücklicher Vorschrift (Art. 200 Satz 1 EG. z. BGB.) die alten Gesetze bestehen, soweit nicht die Länder, wie z. B. Preußen es getan hat[23]), von der Vorschrift des Art. 218 EG. z. BGB. Gebrauch gemacht, die Landesgesetze geändert und so die vor 1900 geltenden Güterstände ins heutige Recht übergeleitet haben. Aber auch die erbrechtlichen Wirkungen des Güterrechts bestimmen sich nach den bisherigen Gesetzen (Art. 200 Satz 2 EG. z. BGB.), und diese sind in Preußen ausdrücklich aufrechterhalten worden[24]). Doch hat der überlebende Ehegatte bei gesetzlicher Erbfolge die Befugnis, statt der ihm nach den bisherigen Gesetzen zustehenden Rechte die Erbfolge nach BGB. zu wählen[25]). Die Erklärung

---

[21]) Antrag 5, Prot. Bd. 5 S. 473.
[22]) Prot. Bd. 5 S. 481.
[23]) Im Preuß. AG. z. BGB. Art. 44—67.
[24]) vgl. Preuß. AG. z. BGB. Art. 46 § 2, Art. 50 § 2, Art. 51 § 4, Art. 52 § 2, Art. 53 § 6 usw.
[25]) Preuß. AG. z. BGB. Art. 46 § 3.

erfolgt innerhalb der im BGB. vorgesehenen Ausschlagungsfrist (§ 1944 BGB.) in öffentlich beglaubigter Form vor dem Nachlaßgericht.

Die Ehegatten müssen sich hier der Rechtsfolgen bewußt sein, die mit dem Tode des einen Ehegatten eintreten, und sich darüber klar sein, welches Recht ihnen eine günstigere erbrechtliche Stellung einräumt. So sind u. a. die erbrechtlichen Wirkungen des gesetzlichen Güterstandes im märkischen Provinzialrecht aufrechterhalten geblieben[26]). Nach märkischem Recht hat der überlebende Ehegatte nur die Wahl, entweder sein eigenes Vermögen zurückzunehmen oder Halbteilung des gesamten Vermögens zu verlangen. Mehr als die Hälfte erhält er niemals. Die andere Hälfte fällt in Ermangelung von Blutsverwandten an den Fiskus. Diese Halbteilung ist für den überlebenden Ehegatten nur dann günstiger, wenn Kinder vorhanden sind und das eigene Vermögen erheblich kleiner als das des Verstorbenen ist. In allen übrigen Fällen tut er gut, die Erbfolge nach BGB. zu wählen, weil er neben Verwandten der zweiten Ordnung außer seinem Erbteil den Voraus erhält, neben Verwandten der dritten Ordnung aber bereits die gesamte Erbschaft.

§ 3.

Voraussetzungen für den Anfall des Voraus.

Das Gesetz stellt in § 1932 gewisse Voraussetzungen für den Anfall des Voraus auf. Wie aus dem Worte „Ehegatte" hervorgeht, muß erstens bis zum Tode des einen Teils eine gültige Ehe bestanden haben[27]). Ein Verlöbnis ruft also noch nicht erbrechtliche Wirkungen hervor.

Für die Gültigkeit einer Ehe stellt das BGB. eine Reihe von Vorschriften auf. Nach dem Vorbilde des kanonischen Rechts unterscheidet es zwischen aufschiebenden und trennenden Ehehindernissen. Jedes dieser Ehehindernisse stellt ein Verbot dar, und alle gleichen sich insofern, als sie das Zustandekommen einer Ehe verhindern sollen. In ihrer Wirkung sind sie jedoch je nach ihrem Grunde und ihrem Zweck verschieden, weil eine vollständige Vernichtung der Ehe oft viel zu weitgehend wäre und gegenüber dem Fortbestehen der bereits geschlossenen Ehe als das größere Übel erscheinen würde[28]). Aufschiebende Ehehindernisse sind solche, die das Zustandekommen einer Ehe verhindern sollen, deren Nichtbeachtung die Gültigkeit der einmal geschlossenen Ehe jedoch nicht beeinträchtigt. Dagegen führen alle trennenden Ehe-

---

[26]) Constitutio Joachimica von 1527 Tit. I §§ 1—3.

[27]) Dem Tode des Ehegatten steht die im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgte Todeserklärung gleich (§§ 14—19 BGB.).

[28]) vgl. Endemann Bd. 2, 2 S. 113.

hindernisse die Ungültigkeit herbei, und zwar machen sie die Ehe je nach der Stärke des Vernichtungsgrundes entweder zu einer anfechtbaren oder zu einer nichtigen. Im allgemeinen tritt Nichtigkeit ein, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe mit ihrem Wesen und mit der öffentlichen Ordnung unvereinbar ist, Anfechtbarkeit, wenn es sich um Mängel handelt, bei denen das Interesse des verletzten Ehegatten allein über den Fortbestand der Ehe entscheiden soll [29]). Im Falle der Nichtigkeit unterscheidet das Gesetz wiederum zwischen der „absolut" und der „relativ" nichtigen Ehe [30]). Absolut nichtig ist eine Ehe, die wegen Formmangels nichtig und außerdem nicht ins Heiratsregister eingetragen ist (vgl. §§ 1324, 1329 BGB.). Hier ist rechtlich nichts geschehen; eine Ehe ist überhaupt nicht geschlossen worden, also auch ein eheliches Erbrecht und damit das Recht auf den Voraus in diesem Falle nicht gegeben. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe kann auch nur durch eine Feststellungsklage geprüft werden.

Ist die Ehe dagegen ins Heiratsregister eingetragen, so ist sie wegen eines Formmangels nur relativ nichtig. Relativ nichtig ist ferner die Ehe wegen Mangels der Willensfreiheit, wegen Doppelehe, Blutschande und wenn sie wegen Ehebruchs nach § 1312 verboten war (vgl. §§ 1324 bis 1328 BGB.). Die Ehe leidet hier zwar an einem vernichtenden formellen oder materiellen Mangel, wird aber zunächst als gültig behandelt. Der erste Entwurf zum BGB. hatte dies noch ausdrücklich ausgesprochen [31]). Der Ausdruck „nichtige" Ehe im Gesetz ist daher eigentlich irreführend. Die Nichtigkeit wird hier im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht (§ 1329 BGB.), zu deren Erhebung jeder Ehegatte, der Staatsanwalt und außerdem im Falle der Doppelehe derjenige, mit dem die frühere Ehe geschlossen war, befugt ist (§ 632 ZPO.). Mit Rechtskraft des die Nichtigkeit der Ehe aussprechenden Urteils wird es so angesehen, als ob die Ehe nie bestanden hat, d. h. ein Erbrecht des überlebenden Teils ist nicht gegeben. Die relativ nichtige Ehe kann jedoch in einigen Fällen zu einer vollgültigen erstarken, z. B. die wegen Formmangels nichtige, aber ins Heiratsregister eingetragene Ehe durch zehn-, bzw. bei früherem Tode eines Ehegatten durch dreijähriges Zusammenleben (§ 1324 Abs. 2 BGB.), oder die wegen Geschäftsunfähigkeit

---

[29]) vgl. Staudinger Bd. 4 S. 81 Vorbem.; Planck Bd. 4 S. 57 Vorbem.

[30]) So die Terminologie Staudingers, vgl. Bd. 4 S. 80, die allerdings, wie er selbst zugibt, theoretisch nicht einwandfrei ist, aber m. E. noch am besten den Unterschied kennzeichnet. Der Ausdruck „vernichtbar" an Stelle von „relativ nichtig" (so Leonhard) kann zu Verwechslungen mit einer anfechtbaren Ehe führen, die auch „vernichtbar" ist. Endemann spricht von „Nichtehe" und „Buchehe".

[31]) vgl. I. Entw. z. BGB. § 1252 Abs. 1.

oder Bewußtlosigkeit nichtige Ehe durch nachträgliche Bestätigung (§ 1325 Abs. 2 BGB.). Hier ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen, infolgedessen auch ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten gegeben.

Hatten Ehegatten in einer relativ nichtigen Ehe gelebt, ohne die Nichtigkeitsklage erhoben zu haben, so hat dennoch im Falle des Todes eines der Ehegatten der überlebende Teil kein gesetzliches Erbrecht, da dann die Nichtigkeit von jedem Dritten ohne weiteres geltend gemacht werden kann (vgl. § 1329 BGB.). Ob ein Nichtigkeitsgrund im konkreten Falle vorgelegen hat, ist Tatfrage und gegebenenfalls Gegenstand eines besonderen Prozesses zwischen dem überlebenden Ehegatten und den an der Erbschaft interessierten Dritten. Die Nichtigkeitsklage kann in diesem Falle also nicht mehr erhoben werden.

Anfechtbar ist eine Ehe wegen mangelnder Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, wegen Irrtums, Drohung, Täuschung und im Falle der Wiederverheiratung, wenn der für tot erklärte Ehegatte aus erster Ehe noch lebt (§§ 1330—1335, 1350 BGB.). Vor der Anfechtung ist die Ehe vollgültig; nach der Anfechtung ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen, ein Erbrecht des überlebenden Teils also nicht mehr gegeben. Bei Auflösung einer anfechtbaren Ehe durch den Tod eines der Ehegatten ist zu unterscheiden, ob der zur Anfechtung berechtigte oder der nichtberechtigte Teil gestorben ist.

Mit dem Tode des anfechtungsberechtigten Ehegatten erlischt das Anfechtungsrecht und kann von den Erben nicht mehr geltend gemacht werden (§ 1338 BGB.), da es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt. Voraussetzung ist natürlich, daß der anfechtungsberechtigte Ehegatte die Ehe bei Lebzeiten nicht schon angefochten hatte. Hatte er die Anfechtungsklage erhoben, jedoch nicht bis zur rechtskräftigen Entscheidung durchgeführt, so ist der Rechtsstreit infolge des Todes nach § 628 ZPO. in der Hauptsache als erledigt anzusehen. Die Nichtigkeit der anfechtbaren Ehe kann jetzt von jedem, der ein rechtliches Interesse daran hat, geltend gemacht werden (§ 1343 Abs. 2 BGB.). Die Erben können in einem besonderen Rechtsstreite gegenüber dem überlebenden Ehegatten den Beweis antreten, daß der behauptete Anfechtungsgrund vorgelegen hat, die Anfechtung also zu Recht erfolgt ist. Führen sie diesen Beweis, so entfällt das Erbrecht, ohne daß es einer förmlichen Nichtigkeitserklärung der Ehe bedarf.

Der Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten entzieht dem überlebenden Teil nicht das Anfechtungsrecht. Er muß sich vielmehr entscheiden, ob er von seinem Recht, das jetzt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht ausgeübt wird (§ 1342 Abs. 1 BGB.), Gebrauch machen will oder nicht. Ficht er an, so ist damit die nur durch

den Tod „aufgelöste" Ehe rückwirkend vom Tage der Eheschließung ab „vernichtet" und ein Erbrecht nicht gegeben; ficht er nicht an, so hat die Ehe bis zum Tode gültig bestanden, und er erbt als Ehegatte.

Ein Erbrecht des überlebenden Teils ist ferner nicht gegeben, wenn die Ehe vor Auflösung durch den Tod rechtskräftig geschieden worden war. Ehescheidungsgründe sind Ehebruch, widernatürliche Unzucht, Lebensnachstellung, schwere Verletzung der ehelichen Pflichten und unheilbare Geisteskrankheit (§§ 1564—1569 BGB.). Im Augenblick der Rechtskraft des Scheidungsurteils wird die Ehe für die Zukunft vollständig gelöst, so daß beide Teile von diesem Augenblick an nicht mehr als Ehegatten anzusehen sind und der Überlebende infolgedessen auch nicht mehr als Ehegatte erben kann. Ein Verlust des Erbrechts ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber bereits aus der rechtlichen Natur der Scheidung. Nach § 1933 BGB. ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bereits dann ausgeschlossen, wenn der Verstorbene zur Zeit des Erbfalls zur Klage auf Scheidung wegen Verschuldens — also nicht wegen Geisteskrankheit (§ 1569 BGB.) — berechtigt war und sie auch erhoben hatte. Gegenüber dem geisteskranken Ehegatten muß die Klage vor dem Tode des Erblassers zum rechtskräftigen Urteil geführt haben [32]). Im Falle des § 1933 BGB. haben dann die an der Erbschaft interessierten Personen in einem besonderen Rechtsstreit zu beweisen, daß der vom Verstorbenen behauptete Scheidungsgrund vorgelegen hat (vgl. § 628 ZPO.). Wird dieser Beweis geführt, so ist damit das Erbrecht des überlebenden Ehegatten vernichtet.

Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bleibt jedoch bestehen, wenn das Recht auf Scheidung durch Verzeihung (§ 1570 BGB.) oder durch Ablauf der Ausschlußfrist (§ 1571 BGB.) erloschen war oder aus prozessualen Gründen nicht mehr geltend gemacht werden konnte [33]).

Der Erblasser muß den Willen, die Ehe aufzulösen, bestimmt bekundet haben. Daher genügt auch eine Klageerhebung bei einem unzuständigen Gericht, weil auch in diesem Falle der Wille des Erblassers, die Scheidung durchzuführen, deutlich erkennbar ist [34]).

Dagegen genügt m. E. nicht die Ladung zum Sühnetermin, um das Erbrecht des überlebenden Ehegatten zu vernichten [35]). § 1933 setzt

---

[32]) vgl. Leonhard, Planck zu § 1933; Mot. Bd. 5 S. 370.

[33]) Ein Ehegatte kann z. B. das Recht, die Scheidung zu verlangen, nicht mehr auf Tatsachen gründen, welche er in einem früheren Rechtsstreite geltend gemacht hat (§ 616 ZPO.).

[34]) So Staudinger, Leonhard, Planck u. a. zu § 1933.

[35]) Zustimmend RG. Bd. 96 S. 203; Boehm, Erbrecht § 8 III; Fischer-Henle zu § 1933; Planck zu § 1933, 2c; Staudinger zu 3; Leonhard

voraus, wie aus dem Wortlaut hervorgeht, daß der Erblasser die Scheidungsklage erhoben hat, daß also die Rechtshängigkeit im Prozeß bereits eingetreten ist (vgl. § 263 ZPO.). Rechtshängigkeit tritt aber nicht durch Ladung zum Sühnetermin ein. Außerdem wird in § 1571 BGB. für die Wahrung der Ausschlußfrist ausdrücklich bestimmt, daß insoweit die Erhebung der Scheidungsklage der Ladung zum Sühnetermin gleichstehen solle (vgl. § 1571 Abs. 3 Satz 1 BGB.). Im § 1933 BGB. fehlt dagegen eine derartige Bestimmung. Aber auch im Falle des § 1571 ist die Wirkung, die durch die Ladung zum Sühnetermin eintritt, nur eine vorläufige, denn die Ladung wird wirkungslos, wenn nicht binnen drei Monaten nach der Beendigung des Verfahrens die Scheidungsklage erhoben wird (§ 1571 Abs. 3 Satz 2 BGB.). Die Erhebung der Klage ist jedoch wegen des inzwischen erfolgten Todes des Erblassers unmöglich geworden. Dafür, daß von dieser Einschränkung des Satz 2 hier eine Ausnahme zu machen sei, bietet das Gesetz keinen Anhalt, so daß man selbst bei sinngemäßer Anwendung des § 1571 zum Ergebnis kommen muß, daß die Ladung zum Sühnetermin im Falle des § 1933 nicht der Klageerhebung gleichzustellen ist. Ferner ist auch vor bzw. während des Sühnetermins noch immer mit einer Versöhnung der Ehegatten zu rechnen. Es ist zwar sehr wohl denkbar, daß der Ehegatte auch die bereits erhobene Scheidungsklage wieder zurücknimmt, vor allem, da der Sühnetermin von Amts wegen stattfindet, es also nicht im Belieben der Parteien liegt, ihn anzuberaumen oder wegfallen zu lassen (§ 608 ZPO.). Die Aussichten auf eine Versöhnung sind jedoch vor dem Termin zweifellos größer als hinterher, ganz abgesehen davon, daß ein Sühneversuch erst gar nicht erforderlich ist, wenn seine Erfolglosigkeit mit Bestimmtheit vorauszusehen ist (§ 611 ZPO.). Aber es ist doch der Sinn und Zweck des Sühnetermins, eine Verständigung unter den Eheleuten herbeizuführen, und es hieße ihn zu einem bloßen Scheininstitut herabzudrücken, wenn man der Gegenansicht, daß die Ladung zum Sühnetermin hier der Klageerhebung gleichzustellen sei, folgen würde. Auch die Entstehungsgeschichte des § 1933 spricht für die hier vertretene Ansicht. In der Denkschrift zum BGB. [36]) ist hervorgehoben, daß § 1933 der Vorschrift des § 827 II, 1 ALR. entspreche, wonach den Erben des nach fruchtlosem Sühneversuch gestorbenen Ehegatten die Fortsetzung der Scheidungsklage zum Zwecke der Vermögensauseinandersetzung gestattet sei. Mit Unrecht folgert Dern-

---

zu II c; RGRKomm. zu Anm. 3; Frommhold 2b; Matthiaß; and. A. Wilke § 1933, 1; Dernburg § 19 Anm. 7; Paul Meyer § 22 Anm. 13; Strohal, Erbrecht § 10 Anm. 6.

[36]) S. 246.

burg[37]) hieraus die Anwendbarkeit des § 1571, denn gerade die Bestimmung des ALR. hat § 1933 entscheidend geändert, indem sie im Gegensatz zum ALR. ausdrücklich die Klageerhebung an Stelle des Sühneversuchs setzte. Außerdem läßt Dernburg außer acht, daß auch nach ALR. die Ladung zum Sühnetermin nicht genügte, um das eheliche Erbrecht zu vernichten, sondern der Sühnetermin mußte zur Zeit des Erbfalls bereits fruchtlos verlaufen sein. Aus allen diesen Gründen kann m. E. die Ladung zum Sühnetermin der Erhebung der Scheidungsklage nicht gleichgestellt werden, genügt also nicht, um eine Vernichtnug des ehelichen Erbrechts und des Anspruchs auf den Voraus herbeizuführen.

Dagegen besteht m. E. kein eheliches Erbrecht nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1575 BGB. Staudinger kommt in der konsequenten Durchführung seiner Ansicht, die Ehe werde in diesem Falle nicht aufgelöst, sondern bestehe fort, zu dem Ergebnis, daß durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das eheliche Erbrecht grundsätzlich nicht berührt werde[38]). § 1933 BGB. ist seines Erachtens nur eine Ausnahmevorschrift, die er selbstverständlich auch auf den Fall ausdehnt, daß beim Eintritt des Erbfalls auf die Klage des Erblassers wegen Verschuldens des überlebenden Ehegatten schon auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt worden ist. Ist dagegen die eheliche Gemeinschaft auf die Klage des überlebenden Ehegatten hin wegen Verschuldens des Verstorbenen oder auf die Klage des Erblassers wegen Geisteskrankheit aufgehoben worden, so ist nach Staudinger das Erbrecht und damit der Anspruch auf den Voraus nicht ausgeschlossen. Ohne im einzelnen auf das Für und Wider der Frage, ob bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe aufgelöst werde, einzugehen, sei unterstellt, daß Staudinger in seiner Ansicht, die Ehe bleibe bestehen, zuzustimmen sei. Trotzdem kann den Schlußfolgerungen, die er hieraus zieht, nicht beigetreten werden. Vom Standpunkt der Gegenansicht, daß die Ehe in diesem Falle aufgelöst werde, kommt man selbstverständlich zu dem Ergebnis, daß ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten hier nicht gegeben ist.

Staudinger geht davon aus[39]), daß hinsichtlich der Rechtswirkungen der Scheidung unterschieden werden müsse zwischen den allgemeinen Auflösungswirkungen, die auch bei der Auflösung der Ehe durch den Tod oder bei der Wiederverheiratung des Ehegatten eines für tot Erklärten eintreten, und den der Scheidung eigentümlichen Rechts-

---

[37]) Bd. 5 S. 49 Anm. 6.
[38]) Staudinger Bd. 4 § 1586 III, 8, § 1931, 3 d.
[39]) § 1586 III A.

wirkungen, den sogenannten „spezifischen Scheidungswirkungen". Hierunter versteht er diejenigen, die in dem Titel „Scheidung der Ehe" besonders aufgezählt sind. Wenn nach § 1586 bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, so könnten, fährt Staudinger fort, darunter nur die „spezifischen" Scheidungswirkungen verstanden werden, denn die allgemeinen Auflösungswirkungen könnten naturgemäß nicht eintreten, weil die Ehe nicht aufgelöst sei, sondern noch fortbestehe. M. E. ist kein Grund vorhanden, die allgemeinen Auflösungswirkungen nicht eintreten zu lassen. Schon der Wortlaut des § 1586 BGB. bietet für Staudingers Ansicht keine Stütze. § 1586 besagt klar, daß alle mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten sollen. Als einzige Ausnahme wird das Verbot hingestellt, eine neue Ehe eingehen zu dürfen. Wenn Staudinger aus dieser Bestimmung schließt, daß die Ehe bestehen bleibe, so soll ihm darin recht gegeben werden. Falsch ist es aber, hieraus weitere Ausnahmen gegenüber der Scheidung herzuleiten. Ich sehe keinen Grund, weshalb es unmöglich sein sollte, daß trotz Bestehens der Ehe alle Wirkungen der Ehescheidung, also auch die allgemeinen Auflösungswirkungen eintreten sollten. Eine derartige Schlußfolgerung Staudingers kann man wohl nur als „Begriffsjurisprudenz" kennzeichnen. Sie widerspricht dem Sinn des ganzen Instituts. Daß man mit seiner Einfügung den Wünschen des Zentrums entgegenkommen wollte, ist außer Zweifel. Es sollte ein Mittel geboten werden, durch Richterspruch die Ehegemeinschaft wie durch Scheidung aufzuheben, ohne sie jedoch derart zu vernichten, daß im Widerspruch mit der katholischen Kirche eine Wiederverheiratung ermöglicht würde. Das Verbot der Wiederverheiratung wird, wie aus dem Wörtchen „jedoch" im § 1586 hervorgeht, deutlich als Ausnahme hingestellt, die allerdings den Aufhebungszustand in seinem innersten Wesen trifft. Die neuere Gesetzgebung Bayerns stellt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in öffentlichrechtlicher Beziehung ebenfalls ausdrücklich der Scheidung gleich [40]). Nach der Ansicht Staudingers kommt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft fast einem dauernden Getrenntleben der Ehegatten gleich [41]), ein Zustand, den die Eheleute ohne Prozeß bequemer haben könnten. Das ganze Institut wäre hiernach überflüssig. Eine derartige Gleichstellung kann daher kaum dem Sinn des Gesetzes entsprechen. Aber auch die Achtung vor der religiösen Überzeugungs-

---

[40]) Bayr. AG. z. BGB. Art. 158 I, 159 I; Bayr. ErbschStG. v. 11. 11. 99 Art. 4, 2.

[41]) vgl. Staudinger zu § 1586, 5: „Daß der Ehemann sich beeilen muß, die Ehelichkeit seines Kindes anzufechten, gilt ganz ebenso beim tatsächlichen Getrenntleben."

treue des Katholiken sollte ein derartiges Herabdrücken dieses Instituts verbieten. Außerdem darf nicht vergessen werden, daß ein Aufhebungsurteil vorliegt, das auf der Feststellung eines das Recht auf die Ehe vernichtenden Scheidungsgrundes beruht, und daß infolge dieser Zerrüttung jegliche Gemeinschaft der beiden Ehegatten aufhören soll [42]). Die Ehe besteht also fort, befindet sich aber m. E. gleichsam in einem Zustand der Suspension, d. h. sie äußert keinerlei rechtliche Wirkung [43]). Sie wirkt, abgesehen von den im Gesetz besonders vorgesehenen Ausnahmen, wie eine Scheidung, d. h. ein Erbrecht des überlebenden Teils ist nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht gegeben.

Die Auffassung Staudingers, daß die allgemeinen Auflösungswirkungen der Ehe hier nicht eintreten, führt auch, wie er selbst zugeben muß [44]), zu ganz sonderbaren Ergebnissen, aus denen bereits die Unmöglichkeit seiner Ansicht erhellt. So sind nach ihm die Eheleute auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft „an sich zur Lebensgemeinschaft verpflichtet". Der Ehegatte braucht diesem Verlangen nur aus dem Grunde nicht Folge zu leisten, weil er berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen. Da die Ehe fortbesteht, dauert auch die Beiwohnungsvermutung an (§ 1591 Abs. 2), so daß der Mann, der seit Jahren von seiner Frau getrennt lebt, gezwungen ist, die Ehelichkeit eines Kindes, das seine Frau im Konkubinat empfangen hat, anzufechten. Ferner dauert auch nach Staudinger trotz Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der bisherige Güterstand fort, so daß der Mann wie bisher Besitz und Verwaltung am eingebrachten Gut der Frau hat (vgl. § 1363 BGB.) [45]). Staudinger führt hierzu gleichsam als Entschuldigung an, daß auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur mit Zustimmung beider Eheleute erkannt werden könne, daß sich also die Eheleute diese Rechtslage sozusagen selbst zuzuschreiben hätten. Eine derartige Erklärung richtet sich m. E. von selbst. Man gewinnt nach Staudinger fast den Eindruck, als ob das BGB. hier Strafbestimmungen für strenggläubige Katholiken eingeführt habe. Daß es beim tatsächlichen Getrenntleben der Eheleute ebenso ist, besagt gar nichts, denn dann hätte man sich bei Schaffung des BGB. das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sparen können. Alle diese sonder-

---

[42]) vgl. Endemann Bd. 2 S. 283 Anm. 28.

[43]) So Matthiaß im Recht 1903 S. 2 ff. Ungenau ist m. E. die Ansicht, „es bestehe ein Restband", denn die Ehe ist ein unteilbares Rechtsverhältnis und besteht nicht aus einer Anzahl von Teilbändern; Nöthling S. 21 ff.; Saniter S. 86.

[44]) vgl. Staudinger zu § 1586 III: „Daß sich hieraus mehrfach unbefriedigende Konsequenzen ergeben ..."

[45]) Staudinger zu § 1584 III, 4.

baren Folgerungen vermeidet die hier vertretene Auffassung von Matthiaß in durchaus folgerichtiger Weise.

Ist ein Ehegatte irrtümlich für tot erklärt worden, so ist im Falle seines späteren Todes ein Erbrecht des überlebenden Teils dann nicht gegeben, wenn dieser sich inzwischen wieder verheiratet haben sollte, weil durch Eingehung der neuen Ehe die alte aufgelöst wird (§ 1348 Abs. 2 Satz 1 BGB.).

Eine weitere Voraussetzung für den Anfall des Voraus ist, daß der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung, d. h. neben den Eltern des Verstorbenen oder deren Abkömmlingen (§ 1925 BGB.), bzw. neben Großeltern zur Erbfolge berufen ist. Erbt er neben Abkömmlingen, also neben Kindern, Enkeln usw., Kindern aus einer Putativehe, oder neben Adoptivkindern, soweit bei diesen nicht das Erbrecht nach § 1767 BGB. ausdrücklich ausgeschlossen ist, so erhält er den Voraus nicht.

Ferner muß der überlebende Ehegatte als „gesetzlicher" Erbe zur Erbfolge berufen sein. Das Recht auf den Voraus entfällt also, wenn er auf Grund eines gültigen Testaments Erbe wird. Ist dagegen die letztwillige Verfügung, auf Grund derer der Ehegatte zur Erbfolge berufen ist, aus irgendeinem Grunde, z. B. wegen Testierunfähigkeit (§ 2229 BGB.) nichtig, oder anfechtbar und auch wirksam angefochten worden (§§ 2078 ff. BGB.), so wird sie damit rückwirkend vernichtet (§ 142 BGB.). Der überlebende Ehegatte ist dann gesetzlicher Erbe und hat also auch in diesem Falle einen Anspruch auf den Voraus. Gesetzliche Erbfolge tritt für den Rest des Nachlasses ein, wenn der Erblasser einen Erben eingesetzt, die Einsetzung aber auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt hat (§ 2088 BGB.). Auch hier erhält der überlebende Teil den Voraus.

Keinen Anspruch auf den Voraus hat der überlebende Ehegatte, wenn er auf Grund von § 2066 BGB. zur Erbfolge berufen ist, da er hier nicht gesetzlicher Erbe ist[46]). Hat nämlich der Erblasser seine gesetzlichen Erben ohne nähere Bestimmung bedacht, so sind nach § 2066 BGB. diejenigen, welche zur Zeit seines Todes seine gesetzlichen Erben sein würden, nach dem Verhältnis ihrer Erbteile bedacht. Hier ist der überlebende Ehegatte auf Grund der letztwilligen Verfügung berufen und infolgedessen Testamentserbe. Die Verfügung wird hier nur im Sinne des Erblassers ergänzt, wie aus dem Wortlaut „nach dem Verhältnis ihrer Erbteile bedacht" hervorgeht. Außerdem sollen die Erben nur nach dem Verhältnis ihrer „gesetzlichen Erbteile" be-

---

[46]) Zustimmend Leonhard zu § 1932 I; Staudinger zu § 1932, 3; and. A. Schultze S. 104 ff.; Hirschhorn S. 23.

dacht sein. Der Voraus gehört aber nicht zum gesetzlichen Erbteil, wie aus § 1932 hervorgeht; der Ehegatte erhält ihn vielmehr „außer seinem gesetzlichen Erbteil". Daß die hier vertretene Ansicht ein zu starkes Festhalten am Gesetzestext sei[47]), kann nicht zugegeben werden. Außerdem läßt sich wohl kaum bestreiten, daß der Grund der Berufung hier die gültige letztwillige Verfügung ist.

Streitig ist ferner, ob man in den Fällen der §§ 2104 und 2105 BGB., bei der sog. konstruktiven Vor- und Nacherbfolge, von einer gesetzlichen Erbfolge sprechen kann. In beiden Fällen liegt eine letztwillige Verfügung vor, die insofern unvollständig ist, als sie die Erbfolge nur für eine gewisse Zeit regelt.

Nach § 2105 BGB. sind die gesetzlichen Erben Vorerben, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der von ihm eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erhalten solle, ohne aber zu bestimmen, wer bis dahin Vorerbe sein soll. M. E. ist dies ein Fall der gesetzlichen Erbfolge. Staudinger bestreitet dies unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung, und weil ferner eine Beschränkung der gesetzlichen Erbfolge undenkbar sei[48]). Der erste Grund spricht m. E. jedoch gerade für die hier vertretene Ansicht. Wenn im E. I noch bestimmt war[49]), die gesetzlichen Erben seien als Vorerben „berufen", später aber im Text das Wort „berufen" weggelassen wurde, so spricht das m. E. mehr dafür, daß diese ungenaue Ausdrucksweise, um Mißverständnissen vorzubeugen, beseitigt werden sollte, und nicht dafür, daß diese Änderung nur eine rein äußerliche ist. Der Satz, daß eine Beschränkung der gesetzlichen Erbfolge undenkbar sei, findet im BGB. keine Stütze. Eine Beschränkung widerspricht auch m. E. nicht dem Wesen der gesetzlichen Erbfolge[50]). Ebensogut wie die gesetzliche Erbfolge neben der gesetzten möglich ist, kann sie auch vorangehen. Sie tritt dann ein, wenn und soweit der Erblasser andere Verfügungen über den Nachlaß nicht getroffen hat[51]). Außerdem, meint Staudinger[52]), liege in der Einsetzung eines Nacherben zugleich stets die eines Vorerben. Wenn ein Vorerbe nun nicht ausdrücklich eingesetzt worden sei,

---

[47]) So Schultze S. 105.
[48]) Staudinger zu §§ 2104, 2105 Anm. 2; zustimmend Hothorn S. 50 Anm. 1.
[49]) E. I § 1808 Abs. 1.
[50]) So auch Leonhard zu § 2105 Anm. 1.
[51]) vgl. § 2088. Hier bestreitet auch Staudinger nicht, daß ein Fall der gesetzlichen Erbfolge vorliegt.
[52]) Staudinger zu §§ 2104, 2105, 2 letzter Absatz.

so werde der Wille des Erblassers der gewesen sein, die gesetzlichen Erben zu berufen. Der erblasserische Wille werde also dahingehend ergänzt. Aber auch dieser Grund erscheint mir nicht stichhaltig. Es kann doch sein, daß der vom Erblasser eingesetzte Erbe infolge seines früheren Todes, oder weil er die Erbschaft ausgeschlagen hat, nicht zur Erbfolge gelangt. Hier wird der erblasserische Wille aber nicht ergänzt, sondern es tritt nach allgemeinen Grundsätzen die gesetzliche Erbfolge ein, auch wenn diese gar nicht im Sinne des Erblassers gelegen hat. Die Vorschrift des § 2105 ist nicht eine Auslegungsregel[53]), sondern zwingenden Charakters[54]), wie aus dem Wortlaut „sind die gesetzlichen Erben" hervorgeht. Ferner ist auch nur bei der Annahme, daß § 2105 BGB. ein Fall der gesetzlichen Erbfolge sei, die Aufrechterhaltung des Grundsatzes, daß eine Erbschaft nicht ohne Rechtsträger sein könne, möglich[55]). Denn nach § 2105 kann auch gegebenenfalls der Fiskus erben. Dieser hätte aber ein Ausschlagungsrecht, wenn es sich hier um eine gewillkürte Erbfolge handelte (vgl. § 1942 Abs. 2 BGB.). Es wäre dann also bis zum Eintritt der Nacherbfolge kein Erbe vorhanden. Aus diesen Gründen ist m. E. die Annahme, daß § 2105 BGB. ein Fall der gewillkürten Erbfolge sei, nicht haltbar.

§ 2104 betrifft den Fall der konstruktiven Nacherbfolge, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der Erbe nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein soll, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll. Hier ist nach § 2104 anzunehmen, daß als Nacherben diejenigen „eingesetzt" sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn dieser zur Zeit des Eintritts des Zeitpunkts oder des Ereignisses gestorben wäre. Die Nacherben gelten also, wie aus dem Wortlaut hervorgeht, als „eingesetzt", also nicht auf Grund Gesetzes berufen[56]). Die unvollständige Verfügung wird hier im Sinne des Erblassers ergänzt. Wenn Leonhard, nach dem hier ebenfalls ein Fall der gesetzlichen Erbfolge vorliegt[57]), gegen die hier vertretene Ansicht anführt, daß die Vorschrift des § 2104 auf zwingendem Recht beruhe, also unmög-

---

[53]) So Endemann Bd. 2 S. 378; Staudinger zu § 2105; Hothorn; Bagel bei Gruchot Bd. 52 S. 205 ff.

[54]) Zustimmend Planck; Leonhard zu § 2105; Enneccerus § 45 I.

[55]) So Planck zu § 2105, 4.

[56]) Zustimmend Planck Vorbem. 2; Staudinger zu § 2104; Kipp § 2 V; and. A. Leonhard zu § 2104 I.

[57]) Leonhard zu § 2104 I.

lich auf eine Verfügung des Erblassers zurückgeführt werden könne, so kann dem nicht zugestimmt werden. Es handelt sich hier nur um eine Auslegungsregel[58]), wie der Wortlaut des § 2104 „ist anzunehmen, daß sie ... eingesetzt sind" im Gegensatz zu dem des § 2105 „sind die gesetzlichen Erben Vorerben" erkennen läßt. Es muß also geprüft werden, ob die durch § 2104 geschaffene gesetzliche Nachhilfe auch dem wirklichen Willen des Erblassers entspricht. Wenn es auch im allgemeinen falsch ist, dem Wortlaut des Gesetzes bei der Auslegung übermäßige Bedeutung zuzulegen[59]), so muß doch trotz der scheinbaren äußeren Ähnlichkeit von § 2104 und § 2105, auf die Leonhard sich zur Begründung seiner Ansicht beruft, aus dem Gegensatz des Wortlauts der beiden Paragraphen geschlossen werden, daß die konstruktive Nacherbfolge im Unterschied zu § 2105 kein Fall der gesetzlichen Erbfolge ist. Das liegt daran, daß unter gesetzlicher Erbfolge nur eine solche zu verstehen ist, die im Augenblick des Erbfalls eintritt[60]). Die Nacherbfolge kommt aber gar nicht den wirklichen gesetzlichen Erben des Erblassers zugute, d. h. denen, die im Augenblick des Erbfalls gesetzliche Erben waren, sondern denjenigen, die im Augenblick des Eintritts der Nacherbfolge gesetzliche Erben sind.

Dem überlebenden Ehegatten würde also nur im Falle des § 2105 BGB., wenn er als Vorerbe vor den eingesetzten Erben berufen ist, nicht dagegen als Nacherbe im Sinne des § 2104, ein Recht auf den Voraus zustehen, weil nur hier ein Fall der gesetzlichen Erbfolge vorliegt.

Ein Anspruch auf den Voraus besteht auch dann nicht, wenn der überlebende Ehegatte für erbunwürdig erklärt worden ist, denn dann gilt der Anfall der Erbschaft an ihn als nicht erfolgt. Durch die Erbunwürdigkeitserklärung wird auch zugleich das Recht auf den Voraus zerstört, denn der Ehegatte ist nach erfolgter Anfechtung nicht mehr gesetzlicher Erbe. Eine besondere Anfechtung des Vermächtniserwerbs ist also nicht mehr nötig (vgl. § 1932 Satz 2 mit § 2345 BGB.).

Ebensowenig ist der überlebende Ehegatte berechtigt, den Voraus zu verlangen, wenn er durch gültigen Erbverzichtsvertrag (vgl. §§ 2346 ff.) auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat; denn dadurch ist er nach § 2346 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr gelebt hätte.

---

[58]) Zustimmend Endemann S. 379.
[59]) vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 7/8.
[60]) vgl. Planck Vorbem. 2 vor Buch V.

§ 4.

Der Umfang des Voraus.

Der Anspruch auf den Voraus umfaßt nach § 1932 BGB. „die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke".

Was unter „den zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenständen" zu verstehen ist, läßt sich theoretisch nicht erschöpfend feststellen, ist aber bei freier Würdigung des einzelnen Falles meist nicht schwer zu bestimmen[61]). Das Gesetz spricht an anderen Stellen von „Haushaltsgegenständen" (vgl. §§ 1382, 1640, 1969 BGB.), meint aber mit diesem Ausdruck dasselbe wie in § 1932[62]). Auf jeden Fall ist der Begriff des Haushalts nicht zu eng auszulegen[63]). Es ist darunter der „ganze moderne Apparat der Einrichtung einer Wohnung zu verstehen, wie er sich nach den Gewohnheiten und Verhältnissen der Ehegatten gestaltet hat"[64]).

Bestritten ist, ob auch Rechte unter den Begriff der Haushaltungsgegenstände fallen. Mit aller Schärfe wendet sich Sontag gegen ihre Einbeziehung[65]). Er stützt sich zuerst auf den Sprachgebrauch des Lebens. Allerdings gibt er zu, daß unter dem Wort „Gegenstände" nach dem Gesetz unbestritten „Sachen und Rechte" zu verstehen seien (vgl. § 90 BGB.). Unter der Wendung „zum Haushalt gehörige Gegenstände" jedoch Rechte einzubeziehen, widerspricht seines Erachtens dem Sprachgefühl. Hiergegen ist einzuwenden, daß es dem Sprachgebrauch des Volkes überhaupt nicht entspricht, Rechte als Gegenstände zu bezeichnen. Maßgebend ist aber hier nicht der Sprachgebrauch des Lebens, sondern der des Gesetzes. Wo eine Norm sich aber sowohl auf Sachen als auch auf Rechte beziehen soll, ist stets der Ausdruck „Gegenstand" gewählt worden[66]). Wie Sontag sich bei der äußerst genauen Ausdrucksweise des Gesetzes auf den Wortlaut von § 1932 stützen kann, ist daher nicht verständlich.

Weiter macht Sontag geltend, daß der Voraus aus den deutschrechtlichen Instituten der Gerade und des Heergewätes hervorgegangen

---

[61]) Staudinger zu § 1932.
[62]) RGRKomm. zu § 1382, 2; Staudinger § 1382, 2a.
[63]) So Staudinger, Leonhard usw.
[64]) So Staudinger zu § 1932; zustimmend Schultze S. 43.
[65]) vgl. hierzu Sontag in DJZ. 1909 S. 1141. Zustimmend Staudinger, Endemann, Fischer-Henle. Dagegen vor allem Hess. Rechtspr. Bd. 10 S. 167; ferner Kipp § 6 Anm. 8; Planck, RGRKomm.; Neumann, Leonhard zu § 1932.
[66]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 33.

und außerdem unter ausdrücklichem Hinweis auf die vor 1900 geltenden Bestimmungen ins BGB. aufgenommen worden sei[67]). In allen diesen Rechten hätten aber stets nur Sachen, niemals Rechte zum Voraus gehört, und im Falle einer beabsichtigten Änderung dieser Bestimmung hätte das BGB. dies ausdrücklich betonen müssen. Da es dies nicht getan habe, so gehe daraus hervor, daß eine Änderung nicht gewollt gewesen sei.

Auch die geschichtliche Entwicklung des Voraus spricht m. E. nicht für Sontag. Bei den heute ganz anders gestalteten Lebens- und Wirtschaftsverhältnissen ist es kaum anders möglich, daß Rechtsnormen, die sich aus früheren Instituten entwickelt haben, diesen nicht mehr in allen Beziehungen gleichen. Außerdem besagen die Motive, die Sontag heranzieht, nur, „daß ein solcher Voraus häufig im geltenden Recht zu finden sei"[68]). Daraus kann jedoch nicht entnommen werden, daß der Voraus genau nach dem Vorbild jener Rechte geregelt werden sollte. Keinesfalls kann auch Sontag darin recht gegeben werden, daß eine derartige Änderung ausdrücklich hätte im Gesetz betont werden müssen. Für eine derartige Bestimmung wäre höchstens in den Motiven, niemals aber im Gesetz, das doch nur die Rechtsnorm selbst enthält, Raum gewesen. Nun wird in den Motiven allerdings vom Voraus unter Wendungen gesprochen wie „diejenigen beweglichen Sachen, welche der eine oder der andere Ehegatte im gewöhnlichen Gebrauch gehabt hat" oder „diejenigen beweglichen Sachen, welche zum persönlichen Gebrauch entweder ausschließlich des überlebenden Ehegatten oder gemeinsam den beiden Ehegatten gedient haben"[69]). Der Ausdruck „bewegliche Sachen" wird aber im allgemeinen nicht im Gegensatz zu „Rechten", sondern zu „unbeweglichen Sachen" gebraucht. Daß letztere nicht zum Voraus rechnen, ist unstreitig. Es ist aber überhaupt zweifelhaft, ob die Motive diese Wendungen dem Gesetzestext gleichstellen. Sie bemerken nur, daß die Ausdrucksweise des E. I wegen ihrer größeren Klarheit diesen Umschreibungen unbedingt vorzuziehen sei. Selbst wenn man sie aber als gleichwertig erachten wollte, darf nicht übersehen werden, daß die Motive nur eine Umschreibung des Wortlautes des § 1971 E. I, nicht des BGB. geben wollten und konnten. Jener bezeichnet aber als zum Voraus gehörig das „Haushaltsinventar". Hierunter konnten gewiß nicht Rechte verstanden werden. Wenn das BGB. an Stelle des farbloseren Ausdrucks „Inventar" das Wort

---

[67]) Mot. Bd. 5 S. 372.
[68]) vgl. Mot. Bd. 5 S. 372.
[69]) Mot. Bd. 5 S. 372.

„Gegenstand" gesetzt hat, so wollte es damit doch sicherlich zum Ausdruck bringen, daß auch Rechte zum Voraus gehören sollten.

Als Hauptgrund führt Sontag an, daß mit der gegenteiligen Ansicht der § 569 BGB. unvereinbar sei. Hiernach steht nämlich beim Erbfall den Erben das Kündigungsrecht einer gemieteten Sache zu. Wenn aber Rechte zum Voraus gehören würden, so fährt Sontag fort, dann müßte natürlich auch das Mietrecht an der ehelichen Wohnung und damit auch das Recht, die Wohnung zu kündigen, unter den Voraus fallen. Die Folge wäre, daß nicht die Erben das Kündigungsrecht hätten, wie § 569 ausdrücklich bestimmt, sondern nur die Ehefrau [70]), und zwar auf Grund eines nur obligatorischen Rechts. Das sei jedoch mit der ausdrücklichen Bestimmung des § 569 BGB. unvereinbar.

Aber auch dieser Grund kann nicht als überzeugend angesehen werden. Denn § 1932 BGB. ist als speziellere Regelung gegenüber dem allgemeinen § 569 anzusehen [71]). Das Gesetz räumt dem überlebenden Ehegatten gegenüber den Erben zweiter Ordnung durch den Voraus ein Recht ein, das deren Erbteil wesentlich schmälert. Unter dieses Recht fällt auch das der Kündigung einer Mietwohnung. Als lex specialis schließt § 1932 natürlich § 569 aus, der sowieso kein zwingendes Recht enthält. Gegen diese Ansicht spricht nicht, daß nach Protokollen Bd. 2 S. 219 ein Antrag abgelehnt worden ist, nach dem die Ehefrau allgemein im Falle des Todes des Ehemannes das Kündigungsrecht der Mietwohnung haben sollte; denn in unserem Falle hat es nicht nur die überlebende Ehefrau, sondern auch der Ehemann, beide jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen.

Am Schluß seiner Ausführungen versucht der Verfasser des Artikels in Hess. Rspr. die Richtigkeit der Ansicht, daß Rechte zum Voraus gehören, durch folgendes Beispiel zu beweisen: Die Eltern eines der Ehegatten oder irgendein Dritter hätten sich verpflichtet, den Ehegatten für die Führung des Haushalts einen bestimmten Zuschuß zu geben, und zwar auch nach dem Tode eines der beiden Ehegatten. Dieser Zuschuß, so führt der Verfasser aus, gehöre zum Haushalt, zu dessen Zwecken er versprochen sei, und infolgedessen zum Voraus. Nach der Ansicht Sontags, daß Rechte nicht zum Voraus gehören, müsse das Recht auf den Zuschuß in den übrigen Nachlaß fallen, und die Folge wäre, daß die Erben des Verstorbenen ein Erbrecht an dem in voller Höhe zu leistenden Zuschuß hätten, so daß er nicht dem überlebenden Ehegatten zugute käme. — Die Auffassung, daß der Zuschuß als zum

[70]) So ausdrücklich Neumann zu § 1932, 2a.
[71]) Derselben Ansicht anscheinend Hess. Rechtspr. Bd. 10 S. 168.

Haushalt gehörend zum Voraus zu rechnen sei, und daß der überlebende Ehegatte ihn nur als Vorausempfänger weiter erhalte, ist m. E. irrig. Der Verfasser übersieht hier, daß der Zuschuß nur als ein höchstpersönlicher der beiden Ehegatten anzusehen ist, wie aus dem Vertragsinhalt, nach dem nur die Eheleute den Zuschuß erhalten sollen, deutlich hervorgeht. Beim Ableben des einen Teils gehört daher dieser Anspruch nicht in den Nachlaß. Daß der Zuschuß unmöglich als zum Voraus gehörend anzusehen ist, geht auch daraus hervor, daß der überlebende Ehegatte den Zuschuß unzweifelhaft auch beim Vorliegen eines Testamentes, also wenn er nicht gesetzlicher Erbe wäre und infolgedessen keinen Anspruch auf den Voraus hätte, erhalten würde.

Daß das Ergebnis, Rechte zum Voraus zu rechnen, durchaus der Billigkeit entspricht, ist allgemein anerkannt. Es wäre doch z. B. ein Widerspruch, dem überlebenden Ehegatten den Haushalt zu geben, die Fortsetzung des Mietverhältnisses der ehelichen Wohnung aber der Entscheidung der Gesamtheit der Erben zu überlassen.

Ausdrücklich vom Voraus ausgeschlossen sind Sachen, soweit sie Zubehör eines Grundstücks sind. Unter Zubehör versteht man bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Die Sache muß im Verkehr als Zubehör angesehen werden (§ 97 Abs. 1 BGB.). Die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen begründet jedoch ebensowenig Zubehöreigenschaft, wie diese durch die vorübergehende Trennung aufgehoben wird (§ 97 Abs. 2 BGB.).

Nicht ausdrücklich vom Voraus ausgeschlossen sind Grundstücke. Daraus allein, daß ihr Zubehör nicht unter den Voraus fällt, ließe sich noch nicht der Schluß rechtfertigen, daß auch sie nicht dazu gehören sollen, denn eine allgemeine Regel, daß das Zubehör das Schicksal der Hauptsache teilt, läßt sich im BGB. nicht aufstellen. Nach § 2164 BGB., der nach § 1932 Satz 2 analog anzuwenden ist[72]), erstreckt sich jedoch ein Vermächtnis im Zweifel auf das Zubehör. Wenn hier das Zubehör ausdrücklich vom Voraus ausgeschlossen ist, so kann man m. E. daraus umgekehrt folgern, daß die Hauptsache ebenfalls nicht zum Voraus gehören soll. In Betracht käme auch nur das Wohnhaus, weil es allein in unmittelbarem Zusammenhang zum Haushalt steht. Das Wohnhaus gehört aber nicht zum Haushalt, es ist vielmehr Voraussetzung für seine Begründung.

---

[72]) vgl. § 5 der Arbeit.

Da im Gesetz bestimmt ist, daß die „zum ehelichen Haushalt" und nicht die „zu einem Haushalt" gehörenden Gegenstände zum Voraus gehören, läßt sich die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Voraus nicht allgemein feststellen. Man kann nicht sagen, daß diese Dinge zum Voraus gehören oder nicht, sondern es müssen in jedem einzelnen Haushalte die unter den Voraus fallenden Gegenstände besonders festgestellt werden. Natürlich gehören einzelne Sachen wie Betten, Bettwäsche, Geschirr, Töpfe usw., die als unentbehrlich selbst im kleinsten Haushalt zu finden sind, stets dazu. Doch je nach Größe des Haushalts umfaßt der Voraus mehr oder weniger Gegenstände, und das, was in einem Haushalt zum Voraus gehört, fällt in einem andern, selbst wenn beide Familien in den gleichen Vermögensverhältnissen gelebt haben, noch nicht ohne weiteres darunter[73]).

Nur Gegenstände, die zum „ehelichen" Haushalt gehören, fallen unter den Voraus. Es muß sich also um einen Haushalt handeln, den beide Ehegatten in der häuslichen Gemeinschaft zusammen geführt haben. Eine Haushaltung, die einer der beiden Ehegatten selbständig nur für seine eigenen Bedürfnisse geführt hat, kann daher nicht zum Voraus gerechnet werden. Voraussetzung für einen ehelichen Haushalt ist eine gemeinschaftliche Wohnung. Mit Recht weist Schultze[74]) darauf hin, daß z. B. ein Haushalt, den der Ehemann auf seinem Jagdgut für sich und seine Jagdgenossen unterhielt, nicht unter den Voraus fällt. Wenn jedoch die Ehefrau an den Jagdausflügen ihres Ehemannes teilgenommen und mit ihm auf dem Jagdgut zusammen gelebt hat, so wäre auch dieser Haushalt als ein „ehelicher" anzusprechen, weil er auch hier den gemeinsamen Bedürfnissen gedient hat.

Lebten die Ehegatten zur Zeit des Erbfalles voneinander getrennt, so ist der Voraus nach dem früheren ehelichen Haushalt zu bestimmen[75]). Es gehören dann dazu diejenigen Gegenstände, die aus dem früheren ehelichen Haushalt stammen, bzw. die, welche im Wege der Surrogation an deren Stelle getreten sind (vgl. § 1382 BGB.). Es wäre sehr unbillig, dem Überlebenden im Falle der Trennung den Voraus nicht zukommen zu lassen, wo vielleicht der Verstorbene ohne jeden Grund die häusliche Gemeinschaft aufgehoben hatte.

Ein Anspruch auf den Voraus ist jedoch nur gegeben, wenn es wirklich zur Begründung eines gemeinschaftlichen Haushalts gekommen war[76]). Das ergibt sich aus dem Zweck des ganzen Instituts, dem

---

[73]) vgl. unten S. 37.
[74]) vgl. Schultze S. 43.
[75]) So OLG. Bd. 24 S. 80; Enneccerus Bd. 5 S. 22 Anm. 8.
[76]) SeuffArch. Bd. 77 S. 148; zustimmend Planck zu § 1932.

überlebenden Ehegatten die Fortsetzung des bisherigen Haushalts zu ermöglichen und ihn nicht zu zwingen, Gegenstände des gemeinschaftlichen Haushalts an entferntere Verwandte herausgeben zu müssen. Hatten daher die Ehegatten noch keinen eigenen Hausstand gegründet, lebte z. B. die Ehefrau, wie es namentlich während des Krieges häufig vorkam, auch nach der Eheschließung in ihrer eigenen Wohnung oder bei den Eltern, so hat beim Tode des einen Teils der Überlebende keinen Anspruch auf die Gegenstände des Voraus. Es kann in diesem Falle auch gar nicht von einem „ehelichen" Haushalt gesprochen werden. Der bloße Wille, später einen gemeinschaftlichen Haushalt zu begründen oder einen bereits vorhandenen gemeinsam zu benutzen, genügt nicht, um dem überlebenden Ehegatten den Voraus zuzusprechen, denn diese Voraussetzung ist tatsächlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Natur. Auch ein vorübergehender, besuchsweiser Aufenthalt in der Wohnung genügt nicht, um dem Ehegatten einen Anspruch auf den Voraus zu geben. Hatten jedoch die Eheleute einen gemeinsamen Hausstand begründet, hatte der Ehemann sich aber nach der Eheschließung sofort auf Reisen begeben, und waren vor seiner Rückkehr entweder er oder seine Ehefrau gestorben, so daß es also zu einem wirklichen Zusammenleben nicht gekommen war, so ist m. E. dem überlebenden Teil der Voraus zu geben, denn hier ist der Haushalt im Gegensatz zum obigen Beispiel als gemeinschaftlicher begründet und von der Frau geführt worden[77]).

Ferner gehören zum Voraus die Hochzeitsgeschenke. Soweit sie nur dem überlebenden Ehegatten gemacht worden sind, also nur diesem gehören, kommt ein Erbrecht natürlich nicht in Frage. Im allgemeinen wird es bei der Hingabe des Geschenkes nicht klar zum Ausdruck gebracht werden, wer es erhalten soll. Meistens wird man aber aus den Umständen folgern können, daß beide Ehegatten als Beschenkte anzusehen sind[78]). Sie haben dann an diesen Sachen Miteigentum[79]). Nur wenn das Geschenk erkennbar für den alleinigen Gebrauch des einen Teils bestimmt war, ist Alleineigentum dieses Ehegatten anzunehmen. Auch diejenigen Hochzeitsgeschenke, die ausdrücklich dem Verstorbenen allein gemacht worden sind, gehören m. E. zum Voraus, wie aus dem Wortlaut des § 1932 zu entnehmen ist[80]). Dafür, daß sämtliche Hoch-

[77]) Nicht entgegen SeuffArch. Bd. 77 S. 148.

[78]) vgl. KGBl. 1907 S. 34; Mot. Bd. 5 S. 373.

[79]) So ausdrücklich ALR. II, 1 § 172: Das Eigentum an den Hochzeitsgeschenken wird beiden Teilen gemein, insofern nicht der Geschenkgeber ein Anderes ausdrücklich festgesetzt hat, oder es aus der Beschaffenheit des Gegenstandes anzunehmen ist.

[80]) So Mayer-Reis S. 30 Anm. 8; Frommhold zu § 1932; Motive Bd. 5 S. 373; and. M. Matthiaß S. 713; Schultze S. 57.

zeitsgeschenke zum Voraus gehören, spricht auch der innere Grund, der zur Aufnahme dieser Bestimmung geführt hat. Man wollte dem überlebenden Ehegatten diese Gegenstände aus Pietätsrücksichten zukommen lassen, weil sie für ihn eine Erinnerung an den gemeinsamen Ehrentag der Eheschließung sind. Nach Schultze ist für die Zugehörigkeit dieser Hochzeitsgeschenke zum Voraus das Merkmal des Gebrauchs ausschlaggebend. Er rechnet ein dem verstorbenen Ehegatten erkennbar allein gemachtes Geschenk nur zum Voraus, wenn es „zum gemeinschaftlichen Gebrauch im Zusammenleben der Ehegatten als erforderlich angesehen wurde, ganz gleich, ob es zur Bequemlichkeit, Belehrung oder Unterhaltung beider Ehegatten diente“ [81]). Diese Unterscheidung ist m. E. nutzlos, da in diesen Fällen das Hochzeitsgeschenk bereits als „ein zum Haushalt gehörender Gegenstand“ unter den Voraus fallen wird, denn obgleich die Tatsache des gemeinsamen Gebrauchs nicht mehr Voraussetzung für die Zugehörigkeit eines Haushaltsgegenstandes zum Voraus ist, bildet sie natürlich den besten Beweis dafür, daß der Gegenstand wirklich zum Voraus gehört.

§ 5.

Zusammenstellung einzelner zum Voraus gehöriger Gegenstände.

Wie bereits erwähnt, ist der Begriff „der zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände“ nicht zu eng zu fassen. Er umfaßt alles, was zum Leben und Wohnen der betreffenden Eheleute gedient hat, also diejenigen Sachen, die den Zweck hatten, das Heim der Ehegatten wohnlich zu machen. In erster Linie gehören natürlich hierher sämtliche Möbel, auch wenn sie auf Abzahlung gekauft worden sind und der Verkäufer sich das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hatte. In diesem Falle gehört zum Voraus das Recht aus dem Abzahlungsvertrage. Auch ein Fremdenzimmer, das nur für Besuchszwecke eingerichtet war und von den Ehegatten selbst nicht benutzt wurde, gehört zum Voraus, weil der Gebrauch der Sachen nicht mehr Voraussetzung für die Zugehörigkeit zum Voraus ist. Desgleichen gehören Geschirr, Töpfe, Bestecks und Wäsche hierher, jedoch nur insoweit, als sie wirklich für die Bedürfnisse des ehelichen Haushalts bestimmt waren. Sachen, die lediglich zum Gewerbebetrieb eines der Ehegatten, z. B. Geschirr für eine Gastwirtschaft, dienten, sind deshalb nicht hierher zu rechnen.

---

[81]) Schultze S. 58.

Dagegen gehören Sachen, die zur Ausschmückung des Heims, wie Gardinen, Teppiche, Bilder, Uhren usw., ferner solche, die zur Unterhaltung und Belehrung dienten, wie z. B. eine Unterhaltungsbibliothek, zum Voraus, denn es sind Gegenstände, die das eheliche Heim wohnlich machen sollten, die also den gemeinsamen Interessen der Ehegatten dienten. Ebenso gehört ein Klavier zum Voraus[82]), selbst wenn der überlebende Ehegatte nicht darauf spielen kann. Nicht nötig ist, wie Schultze[83]) meint, daß er am Spiel Genuß gefunden haben muß. M. E. genügt es, daß das Klavier im gemeinsamen Hauswesen seinen Platz gehabt hat und zur Ausstattung der Wohnung gehörte; denn der Zweck des Instruments ist doch unbestritten der, den Ehegatten zur Unterhaltung zu dienen. Ob dieser Zweck im einzelnen Falle erfüllt worden ist, ist eine Frage, die hier nicht zu prüfen ist. Folgerichtig müßte dann die Zugehörigkeit eines jeden Gegenstandes, z. B. eines Bildes, von der Frage abhängig gemacht werden, ob der überlebende Ehegatte daran Gefallen gefunden hat. So würde eine Eismaschine, deren Zugehörigkeit zum Voraus unbestritten ist, nur dann hierher rechnen, wenn der überlebende Ehegatte gern Eis essen würde. Eine derartige Behauptung wird aber Schultze wohl nicht aufstellen wollen.

Handelt es sich jedoch um den Konzertflügel eines Künstlers, der diesem zur Ausübung seines Berufes diente, so muß die Zugehörigkeit zum Voraus verneint werden, denn hier ist das Instrument gewissermaßen „Arbeitsgerät" des einen Ehegatten gewesen. Sein Zweck war nicht die Ausstattung des Haushalts. Gegenstände, welche zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder zur Ausübung eines Berufes dienen, gehören aber nicht zum Voraus. Diese Sachen sind Bedingungen für die Existenz eines Menschen und ermöglichen diesem erst, einen Haushalt zu gründen. Aus demselben Grunde gehört die wissenschaftliche Bibliothek eines Gelehrten nicht zum Voraus, weil auch sie als „Arbeitsgerät" anzusprechen ist.

Kunstgegenstände von hohem Werte können m. E. ebenfalls zum Voraus gehören. Mit Unrecht lehnt Schultze[84]) durchweg ihre Zugehörigkeit ab. Er übersieht, daß derartige Gegenstände ganz in den Rahmen eines vornehmen Haushalts hineinpassen können. Steht der Wert des Kunstgegenstandes jedoch in auffallendem Mißverhältnis zu der übrigen Wohnungseinrichtung, so wird man den Gegenstand nicht zum Voraus rechnen können. Ebenso kann in einem wohlhabenden Haus-

---

[82]) And. M. Kiefer in Bad. Rspr. 1900 S. 235.
[83]) Schultze S. 45.
[84]) Zustimmend Staudinger zu § 1932.

halt u. U. auch ein Auto oder eine Equipage zum Voraus gehören. War der Wagen jedoch nur für geschäftliche Zwecke bestimmt, und benutzte ihn die Ehefrau deshalb nur ausnahmsweise, so wird der Wagen beim Tode des Mannes nicht zum Voraus zu rechnen sein. Gleichgültig ist, ob die Gegenstände vor oder während der Ehe eingebracht worden sind.

Nicht zu den Haushaltungsgegenständen gehören selbstverständlich die Kleider, Leibwäsche und Schmucksachen des Verstorbenen, da sie nur dessen höchstpersönlichen Zwecken dienten.

Daß diese Gegenstände nicht zum Voraus gehören, führt im allgemeinen zu durchaus zufriedenstellenden Ergebnissen. Denn diese Sachen des Überlebenden stehen nach den gesetzlichen Güterrechten (Verwaltungsgemeinschaft und Gütertrennung) und nach der Errungenschaftsgemeinschaft in dessen Eigentum (vgl. §§ 1366, 1426, 1520 BGB.), auch wenn sie erst später angeschafft worden sind (vgl. §§ 1370, 1524, 1549 BGB.). Sie fallen daher nicht in die Erbschaft, sondern gehören dem überlebenden Teil bereits so zu Eigentum.

Anders liegen die Eigentumsverhältnisse bei der allgemeinen Güter- und bei der Fahrnisgemeinschaft. Bei beiden gibt es kein gesetzliches Vorbehaltsgut[85]), so daß sämtliche Kleider und Schmucksachen ins Gesamtgut fallen und daher beiden Ehegatten als Gesamthandseigentum gehören. Beim Tode eines Ehegatten gehören also die Kleider des Überlebenden anteilig in dessen Nachlaß (vgl. § 1482 BGB.). Als zum Voraus gehörend sind die Sachen keinesfalls zu betrachten, so daß wir zu dem seltsamen Ergebnis kommen, daß der überlebende Ehegatte, wenn er den Voraus erhält, die Möbel usw. von den übrigen Erben herausverlangen kann, seine Kleider und Schmucksachen dagegen nicht. Nach § 1477 BGB. kann er allerdings die ausschließlich zu seinem persönlichen Bedarf bestimmten Gegenstände, insbesondere Kleider, Schmucksachen, Arbeitsgerät, gegen Ersatz des Wertes übernehmen.

Daß dieses Ergebnis wenig befriedigend ist, läßt sich nicht leugnen. Doch kann den Ausführungen Winklers[86]), der dem überlebenden Ehegatten die zu dessen persönlichem Gebrauch dienenden Gegenstände hier ohne weiteres zukommen lassen will, nicht beigetreten werden. Daß der Wortlaut des Gesetzes (vgl. §§ 1932 und 1477 BGB.) gegen ihn spricht, gibt Winkler zu. Er stützt seine Ansicht auf die geschichtliche Entwicklung. Daraus, daß in den Motiven[87]) vom Voraus unter

---

[85]) Anders im Preuß. ALR. II, 1 § 364 und im Schweiz. Recht. Vgl. Art. 191, 1.

[86]) vgl. zu folgenden Ausführungen Winkler im Recht 1924 S. 114 ff.

[87]) Mot. Bd. 5 S. 372.

Wendungen wie „diejenigen beweglichen Sachen, welche zum persönlichen Gebrauch entweder ausschließlich des überlebenden Ehegatten oder der beiden Ehegatten gemeinsam gedient hätten" gesprochen werde, zieht er den Schluß, daß der überlebende Teil auch die zu seinem persönlichen Gebrauch dienenden Sachen auf Grund von § 1932 erhalten solle. Diese Beweisführung Winklers kann nicht als richtig anerkannt werden. Erstens ist es, wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben wurde, zweifelhaft, ob die Motive diese Wendungen dem Wortlaut des E. I wirklich gleichstellen. Die Motive besagen nur, daß die Ausdrucksweise des E. I diesen Umschreibungen vorzuziehen sei [88]). Selbst wenn man aber der Ansicht zuneigt, daß der Text des E. I den Wendungen der Motive entspricht, so darf nicht übersehen werden, daß die Umschreibung „die der Ehegatte in persönlichem oder die Ehegatten in gemeinsamem Gebrauch hatten" sich auf den Wortlaut des E. I bezieht und eine Erklärung ist für die Worte des E. I § 1971 „Haushaltsinventar, das die Ehegatten in gewöhnlichem Gebrauch hatten". Es sollte dadurch nur klargestellt werden, was unter „gewöhnlichem Gebrauch" zu verstehen sei. Nach BGB. ist aber der Gebrauch einer Sache nicht mehr Voraussetzung für ihre Zugehörigkeit zum Voraus, so daß die Umschreibungen der Motive für die Erklärung des Wortlauts des BGB. nicht mehr herangezogen werden können. Daß man aber unter „Haushaltsinventar" nicht auch Kleidungsstücke und Schmucksachen verstehen konnte, wird auch Winkler nicht leugnen können. Es konnten also selbst nach E. I diese Sachen nicht zum Voraus gerechnet werden.

In seiner weiteren Begründung beruft sich Winkler mit Rücksicht darauf, daß die Regelung des Voraus nach dem Vorbilde einzelner Partikularrechte erfolgt sei, auf Bestimmungen des ALR. So zieht er ALR. II, 1 § 364 heran, nach dem die notwendigen Kleidungsstücke der Ehefrau von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen und infolgedessen ihr Eigentum waren. Außerdem beruft er sich darauf, daß im ALR. bei allgemeiner Gütergemeinschaft im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod der überlebende Ehegatte beim Zusammentreffen mit Abkömmlingen die zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche als Voraus erhielt (ALR. II, 1 § 640). Das BGB. habe eine besondere Regelung für den Fall der allgemeinen Gütergemeinschaft, fährt Winkler fort, nicht aufgenommen, also anscheinend vergessen, wenigstens sei in den Vorarbeiten zum BGB. darüber nichts erwähnt; es fehle daher jeder Anhalt, daß der Voraus des BGB. gegenüber dem ALR. gekürzt werden sollte. Hier sei eine Lücke

[88]) Mot. Bd. 5 S. 373.

im Gesetz vorhanden[89]), die im Sinne des Preußischen ALR. ausgefüllt werden müsse.

Aus der Tatsache, daß die Vorarbeiten zum BGB. eine besondere Regelung des Voraus bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht enthalten, zu schließen, daß eine Änderung dieser Bestimmung nicht beabsichtigt gewesen sei, erscheint mir doch eine sehr kühne Schlußfolgerung. Selbst wenn die Verfasser des BGB. eine derartige Regelung im Gesetze vergessen haben sollten, was angesichts der Tatsache, daß das ALR. sie kannte, merkwürdig erscheint, so kann doch unmöglich eine Analogie zugelassen werden. Denn Analogie ist die Ausdehnung der aus dem Gesetz entnommenen Leitsätze auf ähnliche Fälle. So definiert auch v. Tuhr, auf den Winkler sich beruft. v. Tuhr will auf gleiche Verhältnisse gleiche Bestimmungen anwenden, nicht aber der Billigkeit zuliebe gegen das Gesetz entscheiden[90]).

Weshalb Winkler § 364 II, 1 ALR. hier heranzieht, ist nicht recht verständlich. Winkler spricht nicht klar aus, ob er auch eine analoge Anwendung dieser Bestimmung will. Anscheinend beabsichtigt er dies aber nicht, da er am Schluß seiner Ausführungen nur noch II, 1 § 640 ALR. erwähnt. Aus § 364 II, 1 ALR. geht doch hervor, daß die Ehefrau bei allgemeiner Gütergemeinschaft ein gesetzliches Vorbehaltsgut hatte. Daß dies im BGB. nicht der Fall ist, kann Winkler wohl nicht bestreiten, wenn auch eine derartige Bestimmung m. E. empfehlenswert gewesen wäre[91]). Eine analoge Anwendung dieses Paragraphen würde aber auch nicht zum gewünschten Ergebnis führen, denn nach ALR. hatte nur die Ehefrau ein gesetzliches Vorbehaltsgut, nicht aber der Ehemann. Oder soll diese Lücke etwa durch extensive Analogie ausgefüllt werden?

Winkler widerspricht sich aber selbst in seiner ganzen Beweisführung. Zuerst versucht er unter Hinweis auf die Motive darzulegen, daß der überlebende Ehegatte nach dem Willen des Gesetzgebers bereits auf Grund von § 1932 BGB. die persönlichen Gebrauchsgegenstände erhalten müsse. Er will also hier sein Ziel durch eine Auslegung von § 1932 BGB. erreichen, nachdem er am Anfang seines Aufsatzes wörtlich erklärt hatte, „es sei logisch unanfechtbar, daß Gegenstände des persönlichen Bedarfs nicht zu den zum Haushalt gehörenden Gegenständen zu rechnen seien". Er hatte also zugegeben, daß selbst durch eine weite Auslegung des Wortlauts von § 1932 nicht zum Ziele zu

---

[89]) Winkler beruft sich hier auf v. Tuhr, Allg. Teil, Einleitung VIII S. 42.

[90]) vgl. auch Leonhard, Lehrbuch S. 9.

[91]) vgl. hierzu Wolff § 60 V c.

gelangen sei. Nachdem er aber wiederum das Gegenteil, daß eine Ausdehnung auf diese Sachen sehr wohl möglich sei, bewiesen hatte, greift er zur Analogie, um die im Gesetz vorhandene Lücke auszufüllen. Wo aber Auslegung hilft, kann man nicht von einer Lücke im Gesetz sprechen, d. h. Analogie wäre dann überflüssig. Sie könnte höchstens zur Bestärkung der Ansicht herangezogen werden. Die Analogie ist aber, wie bereits dargelegt wurde, hier unmöglich. So wünschenswert das Ergebnis Winklers auch wäre, so kann seine Ansicht als de lege lata nicht als richtig anerkannt werden. Zu helfen wäre de lege ferenda am besten dadurch, daß die persönlichen Gebrauchsgegenstände, wie Kleider und Schmucksachen, zum gesetzlichen Vorbehaltsgut erklärt würden. Dadurch würde auch das seltsame Ergebnis vermieden werden, daß der Ehemann über diese Sachen seiner Frau auch zu ihren Lebzeiten frei verfügen kann (vgl. § 1443 BGB.). Nach geltendem Recht kann dieses unbillige Ergebnis nur dadurch vermieden werden, daß diese Sachen bei Schließung des Güterrechtsvertrages zum Vorbehaltsgut erklärt werden.

§ 6.

Der Voraus als gesetzliches Vermächtnis und die Folgen der Gleichstellung mit dem wahren Vermächtnis.

Daß der überlebende Ehegatte den Voraus nicht als Erbe des Verstorbenen erhält, geht bereits aus § 1932 Satz 1 hervor, der besagt, daß der Voraus ihm außer seinem Erbteil „gebührt". Außerdem wird aber der Voraus im Satz 2 von § 1932 ausdrücklich den für Vermächtnisse geltenden Vorschriften unterstellt.

Zweifelhaft ist, ob man aus der Vorschrift des Satz 2 heraus den Voraus selbst als Vermächtnis ansprechen kann. Das Gesetz gibt in § 1939 BGB. eine Art Begriffsbestimmung[92]) für das Vermächtnis, und zwar wird es definiert als „Zuwendung eines Vermögensvorteils von seiten des Erblassers an einen anderen, ohne diesen als Erben einzusetzen". Daraus, daß es sich um eine „Zuwendung" handelt, ergibt sich, daß in dem Begriff des Vermächtnisses eine Freiwilligkeit gegenüber dem Bedachten liegt. Um eine freiwillige Zuwendung handelt es sich jedoch beim Voraus nicht, da der überlebende Ehegatte nur als gesetzlicher Erbe einen Anspruch darauf hat, die Zuwendung also auf Grund Gesetzes erfolgt. Man spricht deshalb vom Voraus als von einem „ge-

[92]) So Mot. Bd. 5 S. 9.

setzlichen Vermächtnis“[93]). Daß diese Ausdrucksweise eine contradictio in adiecto enthält, kann nicht geleugnet werden, da die Zuwendung einerseits als gesetzlich, d. h. als nicht gewillkürt, anderseits aber als Vermächtnis, d. h. als freiwillig, hingestellt wird[94]). Trotzdem ist diese Bezeichnung für den Voraus als brauchbar anzusehen. Eine andere Frage ist dagegen, ob man den Kreis der gesetzlichen Vermächtnisse so weit ziehen will, wie Schiffner es tut. Schiffner versteht hierunter alle Einzelzuwendungen von Todes wegen, die nicht auf Grund eines letzten Willens erfolgen. Es ist m. E. jedoch zu weitgehend, Vermächtnis und Singularsukzession miteinander gleichzustellen. Es gibt viele Fälle der Singularsukzession, die mit einem Vermächtnis kaum irgendwelche Ähnlichkeit haben. So ist es m. E. nur irreführend, den Pflichtteil als gesetzliches Vermächtnis zu bezeichnen[95]). Schiffner muß selbst zugeben, daß hier die Gleichstellung mit dem wahren Vermächtnis nicht zu weit getrieben werden dürfe[96]); denn der Pflichtteil wird z. B. auch gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers gegeben und geht auch dem Vermächtnis bei der Berichtigung der Nachlaßschulden vor. Hier kann von einer Ähnlichkeit doch nicht mehr gesprochen werden. Ebensowenig ist es m. E. richtig, wie Schiffner behauptet, die Erbenausgleichung als ein gesetzliches Vermächtnis anzusehen, denn ein Vermächtnis ist eine Forderung gegen die Gesamtheit der Erben, die auch im Nachlaßkonkurs berücksichtigt wird. Die Ausgleichungsansprüche werden als Forderung aber nicht im Nachlaßkonkurs berücksichtigt. Anderseits erscheint mir die Stellungnahme Endemanns, der die Bezeichnung „gesetzliches Vermächtnis“ durchweg ablehnt, zu weitgehend[97]). Er begründet seine Ansicht damit, daß die Hauptwirkungen des Vermächtnisses auf seine Rechtsnatur als einer „freiwilligen“ Zuwendung abgestellt seien; außerdem könne eine gesetzliche Schuldverpflichtung nicht ohne weiteres einer rechtsgeschäftlichen gleichgestellt werden.

Sicherlich ist Endemann insoweit zuzustimmen, daß es falsch ist, ohne irgendwelche Anhaltspunkte rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse den gesetzlichen gleichzustellen. Hiermit bestätigt er auch nur

---

[93]) Hierfür insbesondere Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung, und derselbe, Die sog. gesetzlichen Vermächtnisse; zustimmend Leonhard, Planck zu § 1939 BGB.; Strohal Bd. 1 § 17; Matthiaß, Staudinger, Hirschhorn; dagegen Endemann Bd. 3 S. 678 ff.; Frommhold zu § 1939.

[94]) vgl. Schiffner, Die sog. gesetzlichen Vermächtnisse § 2.

[95]) Zustimmend Staudinger, Vorbem. vor § 2303 BGB.; and. M. Leonhard, der Schiffner auch hier zustimmt.

[96]) vgl. Schiffner, Pflichtteil S. 60.

[97]) vgl. dazu Endemann Bd. 3 S. 678.

meine Ausführungen, die sich gegen eine zu weite Ausdehnung der gesetzlichen Vermächtnisse richten. Endemann darf jedoch nicht vergessen, daß in den Fällen der §§ 1932 und 1969 BGB. das Gesetz die Gleichstellung mit dem Vermächtnis selbst vornimmt. Damit fällt m. E. auch der Einwand, daß die Bestimmungen der Vermächtnisse zu sehr auf ihre Rechtsnatur als einer freiwilligen Zuwendung abgestellt seien, und daß deshalb der Ausdruck „gesetzliche Vermächtnisse" unpassend sei. Endemann kommt nicht um die Tatsache herum, daß die Gleichstellung im Gesetz erfolgt ist und nicht auf theoretischen Erwägungen beruht. M. E. kann die Bezeichnung als „gesetzliches Vermächtnis" trotz oder gerade wegen ihres inneren Widerspruchs für den Voraus als durchaus brauchbar angesehen werden, denn kraft Gesetzes hat der Ehegatte diesen Anspruch, der den Vorschriften über Vermächtnisse unterstellt ist.

Wenn ferner geltend gemacht wird[98]), es spreche gegen die Vermächtnisnatur des Voraus, daß er nicht eine Sondernachfolge von Todes wegen in die den Voraus bildenden Nachlaßgegenstände sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Vermächtnis stets nur einen obligatorischen Anspruch und niemals eine Sondernachfolge begründet[99]).

Es handelt sich hier um ein Vermächtnis, das auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung dem Ehegatten gegeben wird[100]). Falsch ist es, das gesetzliche Vermächtnis auf den vermeintlichen Willen des Erblassers zurückführen zu wollen und ein vermutetes oder fingiertes Vermächtnis anzunehmen[101]). Zwar kann der Erblasser den Voraus entziehen, doch wird der Voraus auch gegen seinen Willen gegeben. Selbst wenn der Erblasser erklärt hat, er wünsche nicht, daß sein Ehegatte den Voraus erhalte, dann aber, ohne ein Testament gemacht zu haben, gestorben ist, so daß gesetzliche Erbfolge eintritt, wird der überlebende Teil zweifellos den Voraus erhalten. Ebenso wird die Vermutungstheorie dadurch widerlegt, daß auch beim Ableben eines geisteskranken Ehegatten der überlebende Teil den Voraus bekommt, obgleich ein Wille des Erblassers im juristischen Sinne nicht vorhanden ist[102]).

Wie bereits erwähnt, finden nach § 1932 Satz 2 BGB. die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften auf den Voraus Anwendung. Es ist jedoch selbstverständlich, daß diejenigen Paragraphen, die ihrer Natur nach nur auf vom Erblasser angeordnete Vermächtnisse passen,

---

[98]) vgl. Frommhold S. 17.
[99]) So Strohal Bd. 1 § 17 Anm. 5.
[100]) Schiffner, Die sogen. gesetzlichen Vermächtnisse § 5.
[101]) So Kunert S. 40 f.
[102]) vgl. hierzu Hirschhorn S. 14 ff.; Schiffner, Gesetzl. Vermächtnisse § 5.

auf den Voraus nicht angewandt werden. Das Wort „entsprechend" vor „Anwendung" wurde auch noch nach dem E. I in der zweiten Kommission gebilligt, aber anscheinend als selbstverständlich von der Redaktionskommission gestrichen.

Aus der Gleichstellung des Voraus mit dem Vermächtnis ergibt sich, daß der überlebende Ehegatte als Vorausempfänger nur obligatorisch berechtigt ist, also nur einen Anspruch „auf den Voraus" hat[103]) (§ 2174 BGB.). Da es sich um ein Vermächtnis zugunsten des Ehegatten als gesetzlichem Erben handelt, so ist es ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB.), und zwar ein bedingtes, da der Anfall an verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist (§ 1932 BGB.[104])). Der Anfall selbst ist nur ein vorläufiger, da ihn der überlebende Ehegatte durch Ausschlagung noch rückgängig machen kann (§ 2176 BGB.). Die einmal erfolgte Annahme kann jedoch nicht mehr widerrufen werden (§ 2180 BGB.).

Der Voraus fällt dem Ehegatten auch dann an, wenn er seinen gesetzlichen Erbteil ausschlägt[105]). Zwar scheint der Wortlaut von § 1932 hiergegen zu sprechen. Im Gegensatz zu E. I § 1971 genügt nämlich nicht, daß der überlebende Ehegatte zur gesetzlichen Erbfolge „berufen" ist, § 1932 stellt vielmehr als Voraussetzung auf, daß der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe „ist". Nach § 1953 BGB. gilt aber der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt, so daß der zur gesetzlichen Erbfolge Berufene nach der Ausschlagung nicht mehr Erbe ist, folgerichtig also auch den Voraus nicht erhalten könnte. Nach ausdrücklicher Bestimmung des E. I § 1845 Abs. 3, der nur als selbstverständlich von der zweiten Kommission gestrichen wurde[106]), kann ein Erbe aber das Vorausvermächtnis annehmen, auch wenn er seinen Erbteil ausschlägt. Nach Staudinger[107]) bezieht sich diese Bestimmung jedoch nur auf andere als gesetzliche Vorausvermächtnisse. Für eine derartig enge Auslegung des E. I § 1845 Abs. 3 fehlt aber jeder Anhalt, und eine Begründung seiner Behauptung läßt Staudinger auch vermissen. Seiner Auffassung, daß der überlebende Ehegatte den Voraus nur erhalte, wenn er den gesetzlichen Erbteil annimmt, ist daher nicht zuzustimmen. Daß der überlebende Ehegatte unter Aus-

---

[103]) vgl. den Wortlaut von § 1933.
[104]) vgl. § 3 dieser Arbeit.
[105]) So Planck zu § 1932; Leonhard, RGRKomm.; Strohal § 17 I; Schiffner S. 129; Crome; and. M. Staudinger zu § 1932; Schultze S. 129.
[106]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 163.
[107]) Zu § 1932 Abs. 3.

schlagung des Voraus seinen Erbteil allein annehmen kann, ist allgemein anerkannt.

Die Gegenstände des Voraus müssen zur Zeit des Erbfalls vorhanden sein und wenigstens dem Besitze nach zur Erbschaft gehören (§ 2169 Abs. 1 u. 2). Doch fallen sie insoweit nicht darunter, als der Erblasser zu ihrer Veräußerung verpflichtet war (§ 2169 Abs. 4 BGB.). Stand dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung eines Haushaltsgegenstandes, z. B. aus einem Kaufvertrage, zu, so gehört dieser Anspruch im Zweifel auch zum Voraus, weil, wie dargelegt worden ist, auch Rechte zum Voraus gehören. Ist eine zum gemeinschaftlichen Haushalt gehörende Sache von einem Dritten zerstört oder beschädigt worden, so ist in analoger Anwendung von § 2169 Abs. 3 BGB. der Ersatzanspruch gegen den Dritten zum Voraus zu rechnen[108]). Der Voraus erstreckt sich im Zweifel auch auf das Zubehör der Haushaltsgegenstände (§ 2164 Abs. 1 BGB.), soweit diese Sachen nicht Zubehör von Grundstücken sind (vgl. § 1932). Gehört ein Grundstück als „Hochzeitsgeschenk" mit zum Voraus, so finden die §§ 2165—2168 BGB. analoge Anwendung. In diesem Falle gehört zum Voraus natürlich auch das zu diesem Grundstück gehörende Zubehör. Die Erben müssen alles, was sie seit dem Erbfall aus den Sachen erlangt haben, dem Vorausnehmer herausgeben (§ 2184 BGB.). Anderseits können sie für die auf die Sachen gemachten Aufwendungen Ersatz verlangen (§ 2185 BGB.).

Aus der Gleichstellung mit dem Vermächtnis ergibt sich weiter, daß der überlebende Ehegatte als Vorausempfänger nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet (§ 1967 Abs. 1 BGB.). Der Voraus ist vielmehr selbst eine Nachlaßverbindlichkeit, die die Erben zu erfüllen verpflichtet sind.

§ 7.

Die Rechtsstellung des Vorausnehmers gegenüber den übrigen Nachlaßgläubigern.

Im Gegensatz zum ALR. hat das BGB. dem überlebenden Ehegatten als Vorausempfänger gegenüber anderen Nachlaßgläubigern keine bevorzugte Stellung eingeräumt. Er steht ihnen sogar in vieler Hinsicht nach. So wird er z. B. im Falle des Nachlaßkonkurses erst nach den persönlichen Schuldnern des Erblassers und erst nach den Pflichtteilsberechtigten befriedigt (§ 226 Ziff. 5 KO.). Auch kann der Voraus wegen übergroßer Nachlaßverbindlichkeiten gekürzt werden. Sogar dann, wenn die Überschuldung des Nachlasses lediglich auf Vermächt-

---

[108]) And. M. Schiffner, Erbenausgleichung S. 129 Anm. 29.

nissen und Auflagen beruht, tritt eine Kürzung des Voraus ein. Im Zweifel ist allerdings anzunehmen, daß der Erblasser bei Anordnung von Vermächtnissen, sofern sich diese nicht auf Gegenstände des Voraus beziehen, eine Kürzung des Voraus nicht gewollt habe[109]). Der überlebende Ehegatte ist gegebenenfalls also schlechter gestellt als die übrigen Vermächtnisnehmer. Im Aufgebotsverfahren steht der Ehegatte einem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger gleich (vgl. §§ 1970, 1972 BGB.), d. h. er wird erst nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger berücksichtigt. Ausgeschlossene Gläubiger werden jedoch ebenfalls noch vor dem Vorausempfänger befriedigt, sofern sie ihre Forderungen vor Berichtigung dieser Verbindlichkeit geltend gemacht haben (§ 1973 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BGB.). Doch auch noch nach ihrer Berichtigung kann ein Nachlaßgläubiger, der dem Ehegatten als Vorausnehmer im Konkurse vorgehen würde, die Leistung innerhalb eines Jahres anfechten und Duldung der Zwangsvollstreckung in die Gegenstände verlangen, als wenn sie noch zum Nachlaß gehörten (vgl. §§ 3a, 7 des Anfechtungsgesetzes). Der Ehegatte, der zunächst die Stellung eines ausgeschlossenen Gläubigers hat, steht also gegebenenfalls diesem noch nach.

Den Eltern des Verstorbenen gegenüber wird der überlebende Ehegatte jedoch insoweit bevorzugt, als bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern der ihm „gebührende Voraus außer Ansatz bleibt" (§ 2311 BGB.). Der Pflichtteil der Eltern wird also nur vom übrigen Nachlaß nach Abzug des Voraus berechnet, so daß bei der oft nur geringen Bedeutung des übrigen Nachlasses der Pflichtteil der Eltern vielfach gegenstandslos wird. Aus der Vorschrift des § 2311 BGB. ergibt sich in Verbindung mit § 2318 BGB., daß die Erben die Erfüllung des Voraus nicht insoweit verweigern können, daß der Pflichtteil der Eltern von ihnen und dem Vorausempfänger gemeinsam getragen wird[110]). (Vgl. ferner § 2311 mit § 2322 BGB.). Sind jedoch Abkömmlinge des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und daher zur Erhebung des Pflichtteilanspruchs befugt, so muß der Ehegatte zur Deckung dieses Anspruchs auch mit dem Voraus beitragen. Grundsätzlich findet nämlich § 2318 auf die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse Anwendung[111]). Zwar scheint der Wortlaut dagegen zu sprechen, da in § 2318 bestimmt ist, daß der Erbe die Erfüllung eines ihm „auferlegten" Vermächtnisses zur Tragung der Pflichtteilslast verhältnismäßig verweigern kann. Die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften finden aber auf den Voraus Anwendung. Eine Ausschließung

---

[109]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 477 u. S. 481.
[110]) vgl. Planck und Staudinger zu § 2318.
[111]) So Planck zu § 2318, 2; and. M. Wilke zu § 2318 Anm. 2.

der sogenannten „gesetzlichen Vermächtnisse" ist aber in dem Wort „auferlegt" nicht zu finden, denn das BGB. selbst kennt überhaupt nur „auferlegte" Vermächtnisse; der Begriff der „gesetzlichen" Vermächtnisse ist erst von der Theorie geprägt worden. Da aber der Erblasser den Voraus entziehen kann, so muß m. E. das Kürzungsrecht des § 2318 (ebenso das des § 2322 BGB.), das auf dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers beruht, auch auf den Voraus als einem gesetzlichen Vermächtnis ausgedehnt werden.

Die Vorschrift des § 2311 BGB., daß bei Berechnung des elterlichen Pflichtteils der Voraus nicht mitgerechnet wird, findet jedoch, wie sich aus dem Wortlaut „der dem überlebenden Ehegatten gebührende Voraus" ergibt, nur dann Anwendung, wenn der Ehegatte als gesetzlicher Erbe berufen ist[112]), da bei testamentarischer Erbfolge der überlebende Ehegatte den Voraus nicht erhält. Nur bei gesetzlicher Erbfolge kann von einem ihm „gebührenden" Voraus gesprochen werden. In dem von Drewes[113]) gewählten Beispiel, wo ein Ehemann unter Ausschluß der Geschwister der verstorbenen Ehefrau und ihrer Mutter von seiner Ehefrau zum Alleinerben eingesetzt worden war, ist der Voraus bei Berechnung des Pflichtteils der Mutter mit in Ansatz zu bringen, weil der Ehemann hier nicht gesetzlicher, sondern testamentarischer Erbe ist. Macht der Voraus den größeren Teil der Erbschaft aus, so kommt man zu dem zweifellos merkwürdigen Ergebnis, daß sich der Ehegatte als gesetzlicher Erbe besser steht, als wenn er Alleinerbe wäre, weil hier der Pflichtteil der Mutter größer ist, als ihr gesetzlicher Erbteil bei gesetzlicher Erbfolge wäre. Der überlebende Ehegatte kann den Voraus und damit eine Verbesserung seiner erbrechtlichen Stellung nur dadurch erlangen, daß er nach § 1948 BGB. als testamentarischer Erbe die Erbschaft ausschlägt und sie als gesetzlicher Erbe annimmt. Durch die dann eintretende gesetzliche Erbfolge gebührt ihm vor der Teilung des Nachlasses der Voraus. Er erhält also mehr, obwohl die Mutter nunmehr nicht wie vorher den Pflichtteil, sondern ihren gesetzlichen Erbteil erhält. Um den überlebenden Ehegatten bei kinderloser Ehe möglichst gut zu stellen, wenn er neben den Eltern des Verstorbenen erbt, genügt es also nicht, ihn zum Alleinerben einzusetzen. Man muß vielmehr den Ehegatten als Alleinerben einsetzen und außerdem bestimmen, daß im übrigen die gesetzliche Erbfolge der anderen Erben ausgeschlossen sein solle. Schlägt der Ehegatte jetzt die auf Grund der letztwilligen Verfügung erhaltene Erbschaft aus und nimmt

---

[112]) So Staudinger und Planck zu § 2311; Strohal; Drewes in KGBl. 1925 S. 4.

[113]) vgl. KGBl. 1925 S. 4.

sie als gesetzlicher Erbe an, so erhält er den Voraus; die Eltern des Verstorbenen bleiben aber nur pflichtteilsberechtigt, weil die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung durch die Ausschlagung der Erbschaft nicht berührt wird.

§ 8.

Würdigung des Voraus und seiner Regelung im BGB.

Am Schluß meiner Arbeit möchte ich das Institut des Voraus noch einer kurzen Würdigung unterziehen.

Schon nach Bekanntwerden des ersten Entwurfs zum BGB., der das eheliche Erbrecht fast genau so wie das BGB. selbst regelte, setzte eine lebhafte Kritik ein, die beweist, welche Aufmerksamkeit man gerade dieser Materie entgegenbrachte. Während die Regelung der vorgeschlagenen Quotenteilung zum Teil auf ziemlich harten Widerstand stieß[114]), fand die Aufnahme des Voraus fast überall freudige Zustimmung[115]). Das lag zum Teil daran, daß der Voraus als altes deutsches Institut dem Rechtsempfinden unseres Volkes entsprach und auch bereits in den meisten Landesrechten eine oft sehr eingehende Regelung erfahren hatte. Dann aber hatte sich der Voraus in der Praxis als manche Härten ausgleichend bewährt. Die Einwendung Mommsens[116]), daß der Voraus wegen der Unklarheit seiner Abgrenzung leicht zu Streitigkeiten führen könne, ist vielleicht nicht ganz unbeachtlich. Im allgemeinen wird es aber in der Praxis wohl nicht so schwer fallen, festzustellen, was zum Voraus gehört, und was nicht darunter fällt[117]), wenn ich auch zugebe, daß vielleicht einiges, was ich als zum Voraus gehörend angesehen habe, von anderen nicht dazu gerechnet wird. Die Auffassung Mommsens, daß der überlebende Ehegatte die ihm lieb gewordenen Sachen von den anderen Erben meist für wenig Geld herausbekommen werde, erscheint mir jedoch zu optimistisch. Mommsen übersieht anscheinend, daß bereits unter nahen Verwandten eine Erbteilung selten ganz reibungslos verläuft, sondern leider ziemlich oft zu Streitigkeiten führt. Wieviel größer ist aber die Gefahr, wenn der Ehegatte mit entfernteren Verwandten, mit

---

[114]) vgl. Bähr, Erbrecht S. 201; desgl. Petersen S. 92; Gierke S. 533.

[115]) vgl. Wilke S. 986; Gierke S. 533; Schröder S. 28; Bähr S. 201 ff.; Jacubetzky S. 323; Motive S. 373; Hannoverscher Kurier vom 1. September 1889 u. a. m.

[116]) S. 169.

[117]) So Mot. Bd. 5 S. 373.

denen er nur durch die Heirat in ein verwandtschaftliches Verhältnis getreten ist, zur Erbfolge berufen ist. Bei diesen ihm innerlich oft fernstehenden Personen wird er wohl nur selten auf einige Rücksichtnahme rechnen können. Das Ergebnis würde häufig sein, daß, da eine Einigung nicht erzielt werden könnte, der Nachlaß versilbert werden müßte, wobei bekanntlich nie ein allzu großer Erlös herauszukommen pflegt. Die Härte, die eine Herausgabe der Sachen für den überlebenden Teil bedeuten würde, steht aber in keinem Verhältnis zu dem geringen Werte, den die Sachen meistens für die außerhalb des Haushalts stehenden Personen haben[118]). Es wird öfter vorkommen, daß die Miterben bereits ein eigenes Hauswesen haben, daß sie also für die Haushaltungsgegenstände kaum Verwendung hätten, während sie dem überlebenden Ehegatten entzogen werden würden, der sie dann womöglich für einen hohen Preis wiederkaufen müßte. Außerdem handelt es sich hier vielfach um Sachen, so insbesondere bei den Hochzeitsgeschenken, die dem überlebenden Ehegatten als Andenken an den Verstorbenen besonders wertvoll sind, während Fernstehende nur den Sachwert dieser Gegenstände sehen. Es wird auch kaum im Sinne eines Erblassers, der mit seinem Ehegatten in glücklicher Ehe gelebt hat, liegen, daß das Heim, das sich die Ehegatten vielleicht nur unter großen Einschränkungen wohnlich hergerichtet hatten, zu Lebzeiten des anderen Ehegatten in fremde Hände kommen soll. Daher kann es m. E. nur begrüßt werden, daß der Voraus trotz Mommsens Einwendungen in das BGB. aufgenommen worden ist.

Eine andere Frage ist, ob die Regelung, die der Voraus im Gesetz gefunden hat, als glücklich bezeichnet werden kann. Wir hatten gesehen, daß der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern außer der Hälfte des Nachlasses den Voraus erhält, während er neben Verwandten erster Ordnung nur ein Viertel der Erbschaft bekommt. Trifft er mit weiter entfernten Verwandten zusammen, so erhält er den ganzen Nachlaß, also auch die Gegenstände des Voraus kraft seines Erbrechts.

Daß die Nachlaßquote, die der überlebende Ehegatte neben Abkömmlingen erhält, nicht sehr groß ist, entspricht dem durchaus zu begrüßenden Gedanken, daß die Kinder nicht zugunsten des überlebenden Ehegatten benachteiligt werden sollen. Es wird dadurch vermieden, daß ihnen ein Teil der Erbschaft im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten entzogen wird und dem neuen Ehegatten zufällt[119]). Trotzdem ist m. E. der überlebende Ehegatte neben Ver-

---

[118]) vgl. Wilke, Zusammenstellung S. 986.
[119]) So Bähr, Erbrecht S. 195 ff.

wandten der ersten Ordnung nicht genügend berücksichtigt worden. Falsch wäre es allerdings, ihm in diesem Falle eine größere Quote oder gar den Voraus zu Eigentum zu geben [120]). Dadurch würde er gegenüber den Abkömmlingen zu sehr bevorzugt werden, weil, wie wir gesehen haben, der Voraus oft den weitaus größten Teil der Erbschaft ausmacht. M. E. wäre es zu begrüßen, wenn der Ehegatte, sofern er neben Verwandten erster Ordnung erbt, den Nießbrauch an den Haushaltungsgegenständen erhalten würde [121]). Praktisch ist dies bereits der Fall, wenn er neben minderjährigen Kindern zur Erbfolge berufen ist, weil er hier kraft seiner elterlichen Gewalt den Nießbrauch am Vermögen seiner Kinder und somit auch an den ihnen gehörenden Haushaltsgegenständen hat (vgl. §§ 1652, 1685 BGB.). Für diesen Fall ist also schon die Härte, die durch die Regelung des Erbrechts entsteht, gemildert. Anders liegt der Fall, wenn der Ehegatte neben volljährigen Kindern erbt. Hier entfällt der Nießbrauch am Vermögen der Kinder. In diesem Falle wäre die hier vorgeschlagene Regelung als willkommene Lösung zu begrüßen. Sie würde auch nicht zu hart in das Erbrecht der Abkömmlinge eingreifen, da diese, wenn sie nicht mehr bei ihren Eltern wohnen, zum Teil einen eigenen Haushalt haben werden. Leben sie dagegen bei den Eltern, so würde der Haushalt wohl ohnehin nicht aufgelöst werden. Es widerspricht dem Gerechtigkeitsgefühl, daß die Kinder nach erlangter Großjährigkeit den Haushalt gegen den Willen des überlebenden Elternteils auseinanderreißen können. Wenn man dem überlebenden Ehegatten neben Verwandten erster Ordnung einen Nießbrauch am Voraus zubilligen würde, wäre auch das unbillige Ergebnis vermieden, daß im Falle der Wiederverheiratung das Vermögen des verstorbenen Elternteils zum Teil den Kindern entzogen wird. Es würde sich jedoch empfehlen, den Nießbrauch im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten erlöschen zu lassen, weil das Vermögen der Kinder nicht dazu verwendet werden soll, dem überlebenden Elternteil die Gründung eines neuen Hausstandes zu ermöglichen. Diese Regelung erscheint mir befriedigender als die, welche im Hannoverschen Kurier vom 1. September 1889 vorgeschlagen wird [122]). Hier wird gleichfalls die Gewährung des Voraus neben Abkömmlingen empfohlen, allerdings mit der Beschränkung, daß, wenn neben dem Voraus nicht noch ein Nachlaß von mindestens gleichem Werte vorhanden ist, der Ehegatte auf

---

[120]) So Bähr, Gegenentwurf § 1585 Abs. 4, der aber dem überlebenden Ehegatten keine Nachlaßquote, sondern nur ein Nutzungsrecht am übrigen Nachlaß — bzw. an einem Teil — geben will.

[121]) So Gierke S. 532; ferner Schröder a. a. O.

[122]) vgl. Gutachtliche Äußerungen S. 81 (es war mir leider nicht möglich, den Artikel im Original zu bekommen).

den Voraus nur bis zu einem Bruchteile (etwa die Hälfte) des Wertes Anspruch haben soll. Bis zu diesem Betrage soll er aus den Gegenständen des Voraus zu wählen berechtigt sein. Hier kann es aber von einem geringen Betrage abhängen, ob der Ehegatte den ganzen Voraus oder nur die Hälfte erhält. Beträgt der Wert des übrigen Nachlasses einige Mark mehr als der des Voraus, so tritt eine ungerechte Bevorzugung des Ehegatten im Erbrechte ein gegenüber dem Fall, daß der übrige Nachlaß nur einen etwas geringeren Wert als der Voraus hat. Außerdem hatte ich auch schon dargelegt, daß es unangebracht wäre, dem Ehegatten neben Verwandten erster Ordnung den Voraus zu Eigentum zu geben. Man könnte allerdings in Erwägung ziehen, ob man ihm neben Abkömmlingen nur die Hälfte des Nachlasses zum Nießbrauch geben will. Nicht zu empfehlen ist jedoch, dies vom Werte des übrigen Nachlasses abhängig machen zu wollen.

Lebenslauf.

Am 23. Februar 1903 wurde ich als Sohn des Ministerialamtmanns Max Fuchs und seiner Ehefrau Elise geb. Wittan zu Berlin geboren und am 26. April 1903 im evangelischen Glauben getauft. Von Ostern 1909 ab besuchte ich die Vorschule des Jahn-Realgymnasiums zu Berlin-Lichtenberg und bestand auf dieser Anstalt im März 1921 das Abiturium. Ich habe 8 Semester Jura in Berlin, Heidelberg und Marburg studiert und am 6. Juni 1925 die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht in Cassel bestanden. Am 9. Juli 1925 wurde ich zum Referendar ernannt.